

Staatsorgantheorie.

— Eine rechtstheoretische Untersuchung —

VON

Dr. BARNA HORVÁTH

Privatdozent der Rechtsphilosophie an der kgl. ung. Franz Josephs-Universität.

Im Doppelsinne des Wortes Recht, im alten Gegensatz des objektiven und subjektiven Rechts, gelangt eine ureigen-tümliche Zweiheit der juristischen Betrachtung zum Ausdruck. Es lässt sich erstens eine bloss auf das objektive Recht selbst, auf die Beziehungen der Teile des Rechts, der einzelnen Rechtsnormen oder Normkomplexe zueinander, also auf Beziehungen *innerhalb* des objektiven Rechts und zweitens eine auf die Beziehungen des objektiven Rechts auf *ausserrechtliche* Inhalte gerichtete juristische Betrachtung unterscheiden. Im Bereiche der ersten Betrachtungsweise verweilt das juristische Denken, wenn es den Zusammenhang, das Verhältnis der Abhängigkeit, der Delegation, des Hinweisens unter Rechtssätzen feststellt. In der zweiten Richtung bewegt sich die juristische Betrachtung, insofern sie Tatbestände unter Rechtssätze subsumiert und subjektive Pflichten, Rechte oder Rechtsverletzungen der Rechtssubjekte erkennt.

Es kann wohl kaum geleugnet werden, dass eine rein auf Beziehungen innerhalb des objektiven Rechts gerichtete Betrachtung eine juristische ist, insofern die Feststellung des Inhaltes der Rechtssätze zweifellos durch die Erkenntnis der mannigfaltigen Beziehungen der Rechtssätze zueinander bedingt ist. Die Betrachtung der Beziehungen des objektiven Rechts auf ausserrechtliche Inhalte kann jedoch erst dann als in einem eindeutigen Sinne juristische aufgefasst werden, wenn man als ihren Gegenstand des Näheren die Beziehungen des ob-

jektiven Rechts auf *positivrechtlich determinierte* ausserrechtliche Inhalte bezeichnet. Die Betrachtung der Beziehungen des Rechts auf positivrechtlich *indeterminierte* Inhalte kann eine soziologische, politische, historische, philosophische usw., aber keineswegs eine juristische genannt werden. Das Reich der positivrechtlich determinierten ausserrechtlichen Inhalte zerfällt aber in *Personen* und Tatbestände. Es soll hier weder untersucht werden, ob es ausser dem Tatbestandsgebiet und der interpersonalen Rechtssphäre noch weitere Gebiete der rechtlich determinierten Inhalte gibt, noch gefragt werden, ob die Gebiete der Tatbestände und Personen endgültig auseinanderfallen oder inwiefern die so unterschiedenen Inhalte aufeinander zurückzuführen sind. Die *tatbestandsbezogene* oder *subjektsbezogene* Rechtsbetrachtung soll hier die auf rechtlich determinierte ausserrechtliche Inhalte gerichtete juristische Betrachtung vertreten. Nach dieser näheren Bestimmung steht es wohl über jeden Zweifel erhaben fest, dass das Subsumieren einer Tatsache unter einen Rechtssatz — die Tatbestandsfeststellung — und weiterhin das Konstatieren einer Rechtspflicht, des Bestehens eines subjektiven Rechts oder einer Rechtsverletzung, nicht weniger Ergebnisse einer juristischen Erkenntnis sind, als die Feststellung von Beziehungen innerhalb des objektiven Rechts zwecks Ermittlung des Inhaltes von Rechtssätzen.

Es ist nun im Interesse methodischer Klarheit überaus wichtig, die rein objektive und die tatbestands- oder subjektsbezogene Rechtsbetrachtung scharf auseinanderzuhalten und den Sinn ihrer Verschiedenheit zu verstehen. Man hat neuestens behauptet, dass die Zweierheit der Betrachtungsweisen eigentlich nur für das *naïve* juristische Denken besteht. Der rechtsphilosophische Funktionalismus glaubt die subjektsbezogene Rechtsbetrachtung in die rein objektive, den Substanzbegriff der Person in den Funktionsbegriff des objektiven Rechts auflösen zu können.¹ Angesichts der Ergebnisse dieser „Auflösung“ kann aber ernstlich bezweifelt werden, dass dieser Funktionalismus

¹ „... das sogenannte *subjektive* Recht als Berechtigung ist nur eine besondere Gestaltung des *objektiven* Rechts, ist selbst *Norm*.“ „In Wahrheit ist das Rechtssubjekt nur die Verdoppelung des subjektiven

sicht selbst richtig verstehe. Wenn das Verhalten einer *Person* nie Inhalt der Rechtssätze sein kann, wenn wohl der Mensch, aber nicht die Person berechtigt und verpflichtet werden kann, denn die Person berechtigen oder verpflichten hiesse: Rechte berechtigen, Pflichten verpflichten, kurz Normen normieren², dann erhebt sich gegenüber dieser radikalen Konsequenz der *Kelsenschen* Lehre die Frage, ob denn in diesem funktionellen Rechtsbegriff der Person der naive Personbegriff tatsächlich aufgelöst, oder ob er nicht vielmehr einfach über Bord geworfen und dem metajuristischen Begriffe des *Menschen* überantwortet wird?

Es soll hier nicht entschieden werden, ob der Funktionalismus in der Rechtswissenschaft „am rechten Orte“ ist.³ Es ist aber gegenüber einem „schlechten“ Rechtsfunktionalismus das grösste Gewicht darauf zu legen, dass, wenn das objektive Recht ein die sämtlichen Relationen innerhalb des positiven Rechts umspannendes Kontinuum ist, so vertritt der Begriff der Person in der juristischen Betrachtung einen von dem Zusammenhange der objektiven Rechtsrelationen grundverschiedenen Relationszusammenhang, eine von der „Beharrung“ der objektiven Rechtsfunktionen grundverschiedene Funktionsbeharrung, ein von dem „Koordinatensystem“ der objektiven Rechtsrelationen grundverschiedenes Koordinatensystem.

Dieses eigenartige Entgegenstehen der interpersonalen gegenüber der objektiven Rechtssphäre, hat seinen letzten Grund darin, dass das Recht, wie *jede* Norm, eine wesentlich über sich selbst hinausweisende Bedeutung ist: es bezieht sich auf etwas; was nicht es selbst ist, es *gilt* dem Menschen, der Person *entgegen*. Die funktionelle Auflösung der Person gelingt

Rechtes, und soferne dieses auf das objektive Recht zurückgeführt ist, dessen substantivische Reproduktion: Dem Recht als Objekt tritt — ein Spiegelbild gleichsam — das Recht als Subjekt gegenüber.“ „... es sind Rechtsnormen, die sich der Rechtserkenntnis im Gegenstande „Rechtssubjekt“ darstellen, Rechtssätze in Beziehung auf bestimmte Inhalte.“ Hans Kelsen: Allgemeine Staatslehre 1925. S. 58, 62, 63.

² Kelsen a. a. O., S. 64.

³ Siehe das höchst instruktive Buch Siegfried Marcks: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925.

Kelsen und *Sander* nur um den Preis ihrer Identifikation mit dem objektiven Rechte. Es ist aber unmöglich, die Person als objektives Recht aufzufassen. Die Person hat *Entgegenstehen* gegenüber dem Rechte, ist selbst nicht Recht. Das Recht kann kein Unrecht begehen, wohl aber das Rechtssubjekt, die Person. Die Relationen, deren „Beharrung“ die Person bedeutet, sind keine objektiven Rechtsrelationen, sondern Relationen von objektiven Rechtsrelationen auf eine metarechtliche Subjektivität. Wenn die Person nicht mehr Subjekt der Pflichten und Rechte sein kann, dann hat sie aufgehört etwas rechtlich Relevantes zu sein. Der Begriff der Person ist notwendig, um das *Entgegenstehen* des objektiven Rechts gegenüber dem Pflicht-, Rechts- und Unrechtssubjekte, die zwischen beiden bestehende *Spannung* juristisch darstellen zu können. Wird diese Spannung durch das Identifizieren von Recht und Person aufgehoben, so verliert der Personbegriff ganz und gar seine Bedeutung.

Die juristische Subjektsbezogenheit, die Personbezogenheit ist eine *notwendige* Beziehung des Rechtssatzes. Eine Norm ohne ein Subjekt, das sie befolgen könnte, hat ebensowenig Sinn, wie ein Wert, dessen Träger, an dem er haften könnte, von vornherein ausgeschlossen wäre. Das Normsubjekt, der „Adressat“ der Rechtsnorm kann nur eine *handlungsfähige (befolungsfähige) Person im Rechtssinne* sein. Das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnorm wäre von vornherein ausgeschlossen, wenn ihr Adressat keine Fähigkeit besäße, sie zu befolgen. Das tatsächliche Befolgtwerden gehört aber zum Begriffe des Rechts.⁴ Eine Regel, die Rechte und Pflichten von Centauren, Nymphen oder Toten statuierte, wäre keine Rechtsnorm. Wenn die Fähigkeit, eine Rechtsnorm zu befolgen, als eine spezifische Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) genannt werden darf — denn die Rechtsnorm, die notwendig menschliche *Handlungen* regelt, kann nur durch Handeln befolgt werden —, so kann man den *Einheitsbegriff* des Rechts-, Pflicht- und Unrechtssubjektes als den der handlungsfähigen Person im Rechtssinne bestimmen. Die Einheit dieses Begriffes springt

⁴ Siehe: Julius *Moór*: Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes. 1922. S. 12.

in die Augen, wenn man bedenkt, dass seine Elemente: ein blosser Zurechnungspunkt (*Kelsen*) und eine blosser Handlungsfähigkeit, rechtlich nur in notwendiger Korrelation relevant werden können. Ein Zurechnungspunkt ohne Handlungsfähigkeit kann keine „Bewegung“ in der Rechtssphäre haben, kann keine Rechte *erwerben*, keine Pflicht *erfüllen*, kein Unrecht *begehen*. Eine Handlungsfähigkeit ohne Zurechnungspunkt hat aber gar keine rechtliche Beziehung, keinen rechtlichen „Halt“, es könnte kein *Recht* sein, das durch sie erworben, keine *Pflicht*, die durch sie erfüllt, kein *Unrecht*, das durch sie begangen wird. In dem Einheitsbegriffe des Rechtssubjekts ist der *Zurechnungspunkt* ein *normatives*, die *Handlungsfähigkeit* aber ein *reales* Begriffselement. Der Zurechnungspunkt ist eine Konstruktion des positiven Rechts; die Handlungsfähigkeit ist aber eine von jeder normativen Konstruktion unabhängige *Wirklichkeit*.⁵ Es

⁵ D. h. streng genommen eine *Möglichkeit* einer Wirklichkeit. Es interessiert hier weniger, dass der Wirklichkeitsbegriff der Handlungsfähigkeit ein *ethisch* gefärbter Begriff ist. Auf die Beziehungen des Rechtssubjekts und des ethischen Subjekts ist neuestens von *Binder* hingewiesen worden. Wenn aber *Binder* den ethischen Subjektsbegriff, den er im Gegensatz zum Objekte (Mittel) als den Begriff eines Selbstzwecks bestimmt, einfach auf das Rechtssubjekt übertragen will, so muss doch betont werden, dass die Linien der Beziehungen zwischen juristischer und ethischer Person mit viel feinerem Stifte gezeichnet werden müssen. Es braucht nicht notwendig jedes ethische Subjekt ein Rechtssubjekt zu sein (Sklaven) und die Stiftungen sind zwar in demselben Sinne Rechtssubjekte, aber gewiss keine ethische Subjekte, wie die Menschen. Gar nicht das Begriffselement des Zurechnungspunktes, sondern das der Handlungsfähigkeit ist für die positivrechtliche Konstruktion ethisch gegeben. Gerade der Schwerpunkt der ethischen Zurechnung kann durch das Recht sozusagen nach Belieben umgesetzt werden. Die juristische und die ethische Zurechnung können divergieren; aber der ethische und der juristische Begriff der Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) ist der selbe. Die Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) ist eine notwendige gemeinsame Voraussetzung der divergierenden positiven oder negativen ethischen und juristischen Zurechnung. Der ethische Grundbegriff der *Aktivität*, der *Spontaneität der Handlung* ist ein Begriff jenseits des Gegensatzes von Zurechenbarkeit und Unzurechenbarkeit. Man verharret innerhalb dieses Gegensatzes, wenn man feststellt, dass es ethisch unzurechenbar ist, was man aus Irrtum getan hat oder dass der Sklave keine Rechte erwerben kann. Dagegen bewegt man sich jenseits des genannten Gegensatzes, weil jenseits des ethischen Grundbegriffes der Aktivität, wenn man feststellt, dass ethische

hängt allein von dem Rechtserzeuger ab, was er zu einem Zurechnungspunkte macht; die Handlungsfähigkeit ist aber für ihn, als Wirklichkeit, *gegeben*: er muss mit ihr immer in ihrer ganzen *Wirklichkeitsobjektivität* rechnen, so oft er Rechtssubjekte, Personen im Rechtssinne, konstruieren will.

In den meisten positiven Rechtssystemen begegnen wir aber nun einem künstlichen Auseinanderreißen der konstitutiven Elemente des einheitlichen Rechtssubjekts. Es ist nämlich durchaus möglich diese Elemente verschiedentlich zu *kombinieren*. Es steht dem Rechtserzeuger frei, die Handlungsfähigkeit des einheitlichen Rechtssubjekts zu *anderen* Zurechnungspunkten zuzuordnen; wodurch dieser letztere Zurechnungspunkt *und* die zugeordnete Handlungsfähigkeit zu einem neuen einheitlichen Rechtssubjekte wird. Das ist der Fall in der Konstruktion der *Stellvertretung* sowohl, als in der der *Organschaft*. Das Handeln des Stellvertreters wird ebenso dem Vertretenen zugerechnet, wie das des Organs der das Organ habenden Person. Der wesentliche Unterschied ist, dass die Handlungsfähigkeit des Organs zu einem Zurechnungspunkte zugeordnet ist, welcher ohne solche Zuordnung nicht zu einem einheitlichen Rechtssubjekte werden könnte; der Vertreter dagegen zu einem solchen Zurechnungspunkte zugeordnet ist, der auch ohnedem handlungsfähig ist. Im Falle der Stellvertretung gibt es *zwei* Zurechnungspunkte und *zwei* Handlungsfähigkeiten; im Falle der Organschaft gibt es *zwei* Zurechnungspunkte, *aber nur eine* Handlungsfähigkeit. Jede Organhandlung wird zweifach: der das Organ habenden Person *und* der Organperson zugerechnet. In der ersten Richtung ist das Organ bloss Durchgangspunkt, in der zweiten aber Endpunkt der Zurechnung. Derselbe Rechtssatz, der das Organ zur

oder juristische Zurechnung z. B. zu einem *Strome* von vornherein ausgeschlossen ist. Das ist der Punkt, wo die Konstruktion der juristischen Person auf den ethischen Subjektsbegriff, auf den die Spontaneität des Handelns, die Aktivität der Person allein darstellenden totalen, philosophischen *Ichbegriff* zurückgreift. Rechtliche Zurechnungspunkte können immer nur mit Zuordnung von einer im Sinne des totalen Ichbegriffes aktiven Handlungsfähigkeit konstruiert werden. Vgl. Julius *Binder*: Philosophie des Rechts, 1925. S. 439—450. und *Marck* a. a. O.

Organhandlung ermächtigt, verleiht ihm auch subjektives Recht zur Ausübung der Organhandlung. Organqualität und Persönlichkeit des Organs beruhen also auf demselben Rechtssatze. Organschaft und Stellvertretung sind demnach nicht kontradiktorische, einander ausschliessende Begriffe, nicht einmal zwei verschiedene *Genera*, sondern die Stellvertretung ist das *Genus* und eine ihrer *Spezies* ist die Organschaft. Während die Stellvertretung im allgemeinen eine *symmetrische* Konstruktion ist, ist die Organschaft eine wesentlich *asymmetrische* Konstruktion der Stellvertretung.“

Es ist auch ein *Organ des Organs* möglich. Die Organperson kann nur ein *einheitliches* Rechtssubjekt sein. Die Handlungsfähigkeit der Organperson ist es, die zum blossen Zurechnungspunkte der konstruierten Person zugeordnet wird und diese Zuordnung der Handlungsfähigkeit zu einem blossen *konstruierten* Zurechnungspunkte ist das Wesen der Organschaft. Es ist nun durchaus möglich zu einem konstruierten Zurechnungspunkte eine zu einem *anderen konstruierten* Zurechnungspunkte zugeordnete Handlungsfähigkeit zuzuordnen. In diesem Falle steht man drei Zurechnungspunkten, aber nur einer einzigen Handlungsfähigkeit gegenüber. Jedes dem *ersten* konstruierten Zurechnungspunkte zurechenbare Verhalten wird *noch zweifach* zugerechnet: dem *zweiten* konstruierten Zurechnungspunkte (dem *primären* Organ) und dem ursprünglichen Zurechnungspunkte der zu dem letzteren zugeordneten Handlungsfähigkeit. Die Konstruktion des Organ-Organ ist aber

“ Vgl.: Felix Kaufmann: Die Kriterien des Rechts. 1924. S. 92—97. Bernatzik: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere. Archiv für öffentliches Recht. Bd. V. 1890., Hugo Preuss: Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie. Schmollers Jahrbuch. Jhrg. XXVI. Heft 2. 1902., Stellvertretung oder Organschaft. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. II. Folge Bd. VIII. 1902., Schlossmann: Organ und Stellvertreter. Jherings Jahrbücher II. Folge Bd. VIII. 1902., Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911. S. 691., G. Grosch: Organschaft und Stellvertretung. Schmollers Jahrbuch 39. Jhrg. Heft. 1. 1915., Br. Beyer: Zum Begriff des Staatsorgans und seiner Tätigkeit. Archiv des Öffentlichen Rechts. Bd. XXXIV. 1915.

unmöglich, wenn das primäre Organ keine *konstruierte* Person, sondern ein handlungsfähiger Mensch ist. Der handlungsfähige Mensch kann kein Organ, sondern nur einen Stellvertreter haben, denn nur das zu einem *konstruierten* Zurechnungspunkte zugeordnete einheitliche Rechtssubjekt fällt unter den Organbegriff.⁷

Wir verharren in der interpersonalen Rechtssphäre und gelangen zu einem *ersten*, personalen Organbegriff. *Organ einer Person im Rechtssinne ist dasjenige einheitliche Rechtssubjekt, dessen Handlungsfähigkeit zu einem positivrechtlich konstruierten Zurechnungspunkte positivrechtlich zugeordnet ist. Person im Rechtssinne* ist das Subjekt von Rechtspflichten, Rechten und Rechtsverletzungen; *einheitliches Rechtssubjekt* ist die handlungs — (befolungs-, erwerbungs-, verletzungs-) fähige Person im Rechtssinne; *Zurechnungspunkt* ist dasjenige Begriffselement des einheitlichen Rechtssubjekts, das nach der Abstraktion der Handlungsfähigkeit zurückbleibt. Eine *konstruierte* Person im Rechtssinne, eine „juristische“ Person ist diejenige, deren Handlungsfähigkeit vom positiven Rechte mit künstlicher Konstruktion zu ihrem Zurechnungspunkte zugeordnet wird; während die Handlungsfähigkeit der *nichtkonstruierten* Person im Rechtssinne, des Menschen, für das positive Recht gegeben ist und so die künstliche Konstruktion hier überflüssig ist.⁸

Organ einer Person im Rechtssinne kann sowohl eine

⁷ Vgl. Georg Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 4. Neudruck 1922. S. 544—563. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch zu entscheiden, ob neben dem *Organismus* und dem *Organ* noch der *Organträger* zu unterscheiden sei? Diese Unterscheidung wäre nur dann möglich, wenn das positive Recht z. B. den „Beamten“, als sekundäres Organ, zum „Amte“, als primären Staatsorgane, zuordnet, wodurch aber der „Organträger“ zum „Organ“ wird. In der Konstruktion Jellineks hat das vom Organismus und Organträger unterschiedene Organ, das weder Persönlichkeit, noch Handlungsfähigkeit besitzt, das absolut unfähig ist zu jeder erdenklichen Funktion, die von jeher als Person- oder Organfunktion bezeichnet worden ist, keine Rechtsrelevanz mehr. Der Staatsorganbegriff Jellineks ist ein für den Juristen gänzlich gleichgültiger, weil absolut *leerer* Rechtsbegriff.

⁸ Ein *absolut handlungsunfähiger Mensch* fällt unter dem Begriffe der *konstruierten* Person. Der „Stellvertreter“ eines solchen wäre also ein Organ.

konstruierte, als auch eine nichtkonstruierte Person im Rechtssinne sein, aber immer nur ein einheitliches Rechtssubjekt. *Jede* konstruierte Person muss ein Organ haben und *nur* konstruierte Personen können Organe haben. Wenn die Organperson eine konstruierte Person ist, so ist diejenige nichtkonstruierte Person, die Organ der *unmittelbaren* Organperson ist, zugleich *mittelbares* Organ der ersten Person.

Insofern der Staat Subjekt von Rechtspflichten, Rechten und Rechtsverletzungen ist, ist er Person im Rechtssinne. Organe kann und muss der anderen Personen koordinierte, interpersonale Staat ebenso, wie andere konstruierte Personen haben. Der so gewonnene Begriff vom Staatsorgane ist der erste, interpersonale Staatsorganbegriff.

Es gibt aber neben dem personalen noch einen zweiten Organbegriff. Der Ausdruck Staatsorgan selbst deckt zwei verschiedene Begriffe, deren scharfe Unterscheidung die Grundbedingung der richtigen Lösung des Organproblems ist. Unter Staatsorgan kann erstens das Organ des Staates, als einer Person im Rechtssinne (*personaler Organbegriff*) und zweitens dasjenige Organ verstanden werden, welches in dem Staate zur Rechtserzeugung positivrechtlich delegiert ist (*Rechtsorganbegriff*). Wird das Staatsorgan als *Organ der Staatsperson* gemeint, so bedient man sich des Ausdrucks „Organ“ in bezug auf den „Organismus“ (per analogiam: „die Organe des Menschen“). Wird dagegen das Staatsorgan als *Rechtsorgan* gemeint, so wendet man den Ausdruck „Organ“ mit Beziehung auf die „Funktion“ an (per analogiam: „die Organe des Blutumlaufes“). Der Gedanke, dass die Staatsorgane eigentlich vielmehr *Rechtsorgane* sind, tritt bereits bei *Fricker*⁹, v. *Gierke*¹⁰, *Somló*¹¹, *Kelsen*¹², *Sander*¹³ und *Merkel*¹⁴

⁹ Die Persönlichkeit des Staats. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Tübingen. XXV. Jahrg. 1869. S. 44—45.

¹⁰ Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. XXX. Jahrg. 1874. S. 334.

¹¹ Juristische Grundlehre, 1917. S. 324—326.

¹² In der Staatsorgantheorie *Kelsens* ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der Auffassung des *Verfassers der Hauptprobleme* und der des

hervor. Es fehlt aber bisher die scharfe Unterscheidung und Bestimmung beider Organbegriffe, die Feststellung ihrer Verbindbarkeit und das Verständnis des Sinnes ihrer Verschiedenheit sowohl, als ihrer Verbundenheit.

Wir haben in der Bezogenheit jedes Rechtssatzes auf Personen eine *notwendige* und *positivrechtlich determinierte*

späteren *Kelsens* bemerkbar. Nach dem *Verfasser der Hauptprobleme* sind unter der spezifischen Staatsorganfunktion diejenigen Handlungen zu verstehen, welche als die Realisierung des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens erscheinen. (S. 464.) Der *dynamische* Staatsorganbegriff der „*Allgemeinen Staatslehre*“ 1925. wird dagegen folgendermassen bestimmt: „*Staatsorgan* im Sinne eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeuges ist somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niedrigerer Stufe.“ (S. 262.) Ausser dem dynamischen kennt *Kelsen* aber noch einen *statischen* Organbegriff: „Organ des Staates ist, wer einen Staatsakt setzt“, „... ist im Sinne des statischen Organbegriffes nur der Setzer des Zwangsaktes Staatsorgan.“ (S. 264.) Da nach der hier vertretenen Auffassung die Realisierung, die zwangsweise Durchführung des Rechts ebenso zu der Rechtserzeugung gehört, wie die Setzung der Rechtssätze, können der statische und der dynamische Organbegriff *Kelsens* in gleichem Masse als Rechtsorganbegriffe betrachtet werden. Es ist sehr instruktiv, wenn *Kelsen* erkennt, dass die Rechtserzeugung vom immanenten Standpunkte der Rechtsordnung als ein *Tatbestand* und zwar nicht als *Subjekt*, sondern als *Objekt* der Normerzeugung in Betracht kommt. Die im Begriffe des Staatsorgans liegende Personifikation wird von *Kelsen* durch die Einsicht aufgelöst, „dass mit diesem Begriffe der durch das Recht geregelte, somit den Inhalt einer Rechtsnorm bildende Tatbestand der Rechtserzeugung gemeint ist.“ Für die Staatslehre steht also nach *Kelsen* „nicht eigentlich der Begriff des Organ**subjekts**, sondern der der objektiven Organ**funktion** als eines spezifischen, durch die Staatsordnung normierten Tatbestandes in Frage.“ „Das Staatsorgan als Subjekt ist offenbar nur die Rechtsperson im Hinblick auf die Rechtserzeugung oder Rechtsvollziehung. Es ist der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik. So wie die „Person“ im allgemeinen, so ist auch das „Staatsorgan“ im besonderen die Personifikation eines spezifischen Tatbestandes oder Tatbestandkomplexes.“ (S. 265—266.)

Die Staatsorgantheorie *Kelsens* hängt so eng mit seiner allgemeinen Rechtstheorie zusammen, dass eine eingehende Würdigung seiner Konstruktion nur auf Grund einer Synopse seiner Staatsrechtstheorie und seiner Staatsorgantheorie möglich ist.

Die Rechtstheorie der *Hauptprobleme* kann aber an der Hand des darin dargestellten Verhältnisses des Staats- und Rechtsbegriffes am

Subjektsbezogenheit des Rechts erkannt. *Notwendig* ist diese Subjektsbezogenheit, weil jede Norm eine sich auf ein Normsubjekt beziehende Bedeutung ist; *positivrechtlich determiniert* ist sie insofern, als die Person als Rechtsinhalt nicht mit dem Menschen zusammenfällt, sondern sozusagen ein juristischer Abhub des soziologischen, ethischen usw. Subjektes ist.

klarsten überblickt werden. Es kann gezeigt werden, dass weder der Rechtsbegriff, noch der Staatsbegriff der *Hauptprobleme Einheit* besitzt. Die Heterogenität des *Kelsenschen* Rechtsbegriffes wird in der Unterscheidung des Rechtssatzes im engeren und weiteren Sinne offensichtlich. Der erstere ist der die Untertanen, der letztere der den Staat verpflichtende Rechtssatz. Diese prinzipielle Trennung der zwei grossen Hauptarten der Rechtssätze erregt von vornherein Verdacht gegenüber dem Postulate *Kelsens*, nach welchem der Staat als Persönlichkeit, d. h. als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung nicht anders zu denken ist, als alle übrigen Subjekte. (S. 434.) Das ist das *Postulat der den übrigen Personen koordinierten Staatsperson bei Kelsen*. Dieses Postulat durchzuführen gelingt aber *Kelsen* aus dem einfachen Grunde nicht, weil er *das Recht als den Willen des Staates* auffasst. Wie könnte diejenige Person den anderen koordiniert sein, deren Wille das objektive Recht selbst ist, deren Pflicht mit ihrem Willen zusammenfällt („Des Staates Wollen ist sein Sollen, seine Pflicht ist sein Wille.“ S. 250.), die weder Unterlassungspflichten haben (S. 437.), noch rechtswidrig handeln kann (S. 446. und: Über Staatsunrecht 1913.)? Der Wille dieser Person ist des Weiteren ein *imputierter* Wille, da der Erzeuger der Rechtsordnung, des Staatswillens, nach *Kelsen* nicht der Staat, sondern die Gesellschaft ist; nicht der Staat, sondern die Gesellschaft erzeugt die Pflichten, d. h. aber den Willen des Staates. Die Staatsperson — sagt *Kelsen* — wird nicht dann und dazu verpflichtet, wann und wozu es *ihr* gefällt, sondern wann und wozu es den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gut dünkt. (S. 433.) Da aber nach *Kelsen* die *Pflicht* des Staates sein *Wille* ist, so folgt aus dem Obigen, dass die Staatsperson nicht dann und das *will*, was *ihr* gefällt, sondern was den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gut dünkt. Wenn die *Pflicht* des Staates von aussen her stammt, so gehört auch sein *Wille* nicht ihm, vorausgesetzt, dass Staatswille und Staatspflicht dasselbe sind. Richtig wird also von *Marck* die Frage gestellt, ob es nicht ein Widerspruch sei, die Rechtsordnung gleichzeitig als über den Staat, als Person, stehend und als Inhalt seines Willens zu denken? (a. a. O. S. 20.) *Marck* sieht klar, dass in diesem von tiefen und bedeutungsvollen Widersprüchen schwangeren Staatsbegriffe eigentlich schon der Keim der Spekulation des *späteren Kelsens* steckt, dass die schärfere Ausarbeitung der objektivistischen Tendenz in der Spekulation *Kelsens* auf die radikale Ausmerzung dieses „Caput mortuum der Staatsperson“ auf

Das Recht, als Objekt, hat aber, wie jede empirische Norm, noch eine zweite notwendige Subjektsbeziehung, die Beziehung auf den Normsetzer, den *Rechtserzeuger*. Das Recht steht in offenkundiger Objektbeziehung zu dem Rechtserzeuger und zur Person, aber der Sinn beider Beziehungen ist ein verschiedener. Im Bilde gesprochen: das Recht

der einen und auf die Identifikation von Recht und Staat auf der anderen Seite geführt hat.

Der Staatsbegriff der Hauptprobleme umfaßt nämlich einerseits: *Rechtspersonbegriffselemente* und andererseits *objektive Rechtsbegriffselemente*. Vor dem Verfasser schwebte offenbar die *Aushebung der Personbegriffselemente als Ziel*, aber der Begriff dieses Rechtsperson-Staates, dieses *interpersonalen Staates* wird offensichtlich durch die mit ihm kombinierten *Begriffselemente des rechtsidentischen Staates* gesprengt. Die *koordinierte Staatsperson* ist das Ziel, dessen Erreichen an den diesem koordinierten, interpersonalen Staate imputierten Eigenschaften scheitert: an den *rechtsidentischen Kriterien der Identität von Wollen und Pflicht, der Ausgeschlossenheit von Unterlassungspflichten und der Unfähigkeit zum Unrechte*.

Der interpersonale, koordinierte Staat Kelsens ist ein richtig erfasster Rechtsbegriff. So oft im positiven Rechte die subjektiven Rechte und Rechtspflichten des Staates aufgezeigt werden können, das Rechtssubjekt dieser Pflichten und Rechte ist immer die interpersonale, koordinierte Staatsperson. *Der Wille* dieser koordinierten, interpersonalen, positivrechtlich allein existenten Staatsperson *fällt aber keineswegs mit ihrer Pflicht zusammen, ist bei weitem nicht das objektive Recht, diese Staatsperson hat mannigfache Unterlassungspflichten und ist auch des Unrechtes fähig*.

Gegenüber dieser positivrechtlich allein existenten interpersonalen, koordinierten Staatsperson ist der Begriff des *unrechtsunfähigen Staates, dessen Wille das objektive Recht selbst ist und mit seiner Pflicht zusammenfällt*: der *rechtsidentische Staatsbegriff*. Dieser Staatsbegriff ist nichts anderes, als die Konzeption der juristischen Persönlichkeit *des auch den Rechtserzeuger umfassenden Staates, des totalen Staates*. Die rechtliche Qualifikation, also auch die juristische Persönlichkeit des primären Rechtserzeugers ist aber offensichtlicher *filius ante patrem*; die juristische Persönlichkeit des auch den Rechtserzeuger umfassenden, den Rechtserzeuger symbolisierenden totalen Staates ist nicht konstruierbar; der *rechtsidentische Staat* kann keine juristische Person sein. So hängt die *Identifikation von Recht und Staat* mit der *radikalen Ausmerzung des Personbegriffs* in der späteren Spekulation Kelsens zusammen.

Die *rechtsidentischen Begriffselemente* des Staatsbegriffs der *Hauptprobleme* liegen auch der Unterscheidung des Rechtssatzes im engeren und im weiteren Sinne, der bei solcher Auffassung unausweichbaren Heteroge-

kommt von dem Rechtserzeuger her und *geht* auf die Person hin. Die Bedeutungsrichtung des Rechts ist eine vom Rechtserzeuger ausgehende und auf die Person gerichtete und diese Bedeutungsrichtung ist nichtumkehrbar. Die Beziehungen des *Ursprunges*, des Herstammens vom Rechtserzeuger und die des *Hingeltens* auf die Person im Rechtssinne sind notwendige und

neitität des Rechtsbegriffes zugrunde. Die Funktion des *Rechtssatzes im engeren Sinne* gegenüber dem *Untertanen* ist offensichtlich eine ganz andere, als die des *Rechtssatzes im weiteren Sinne* gegenüber dem *Staate*. Gegenüber dem Untertanen ist der *Kelsensche* Rechtssatz eine *heteronome*, gegenüber dem Staate eine *autonome* Norm; das Kriterium der Rechtspflichtigen des Untertanen ist die *Sanktion des Zwangsaktes*, das der Rechtspflichtigen des Staates, dass sie *mit seinem Willen zusammenfallen*. Die *rechtsidentischen* Begriffselemente des Staatspersonbegriffs sind verantwortlich dafür, dass der Verfasser der *Hauptprobleme* weder zu einem einheitlichen *Rechtsbegriffe*, noch zu einem einheitlichen *Staatsbegriffe* gelangen konnte. Wie die *Staatsperson* in ihrem Verhältnisse zum Rechtssatz in der Konzeption *Kelsens* etwas ganz anderes ist, als die ihr angeblich koordinierten übrigen Personen, so bedeutet auch der *Kelsensche Rechtssatz* etwas ganz Verschiedenes gegenüber dem Untertanen und gegenüber der Staatsperson.

In der Spekulation des *späteren Kelsens* gelangen die rechtsidentischen Elemente zu Übergewicht und der Staatsbegriff wird mit dem Rechtsbegriffe identifiziert. Die Personbegriffselemente finden durch die Ausmerzung des Personbegriffs, durch seine „Auflösung“, Hineinschiebung in den Rechtsbegriff, Erledigung. Der Rechts- und Staatsbegriff wird dadurch nicht jeder für sich *einheitlich*, sondern zu *einem-einzigen Begriffe*. Derselbe *Kelsen*, dessen Rechts- und Staatsbegriff, jeder für sich, an einer unheilbaren begrifflichen Zweifelt krankte, ist jetzt, in das entgegengesetzte Extrem gefallen, die Einheit dieser Begriffe nur durch ihre unerlaubte Verschmelzung zu erreichen fähig. Die Staatsperson ist nun für *Kelsen* ebenso, wie alle übrigen Personen, die Personifikation von Rechtsnormen. Und zwar ist die Staatsperson Personifikation der Totalrechtsordnung, die übrigen Personen Personifikationen von Teilrechtsordnungen. (Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920. S. 20—21.) Abgesehen davon, dass die Identifikation von Person und Recht ein aussichtsloses Unternehmen ist, auf dessen radikale, sich selbst vernichtende Folgen wir bereits aufmerksam wurden (vgl. auch: v. Hippel: Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der „reinen Rechtslehre“ Kelsens. Archiv des öfftl. Rechts. Neue Folge Bd. 5. Heft 3. 1923.), ist der Hauptfehler der rechtsidentischen Konstruktion der Staatsperson der folgende. Während die juristische Persönlichkeit der übrigen Personen, der „Teilordnungen“, aus der Rechtsordnung abgeleitet werden kann, ist eine solche Ableitung der juristischen Persönlich-

wesentlich verschiedene Subjektsbeziehungen des objektiven Rechts.

Das *Setzen* und das *Vollziehen*, also beide *Ursprungsbeziehungen* des Rechts führen uns letzten Endes zu dem *Menschen*. Im Endpunkte der Ursprungsbeziehung, wie in dem der Hingeltungsbeziehung des Rechts steht der Mensch. Der

keit des mit der „Totalrechtsordnung“ identischen Staates aus der Rechtsordnung unmöglich. Denn die Ableitung setzt einen höheren Rechtssatz voraus, der bei der Teilordnung vorhanden ist, aber eine über der totalen Rechtsordnung stehende Rechtsnorm ist begrifflich ausgeschlossen. Dieser tiefliegende Fehler ist für die gesamte Spekulation der „jungösterreichischen Schule“ geradezu *typisch*.

Der Staatsorganbegriff *Kelsens* umfasst nun in gleicher Weise, wie sein Staatsbegriff, sowohl *personale*, als auch *Rechtsorganbegriffselemente*. Der „dynamische“ Organbegriff ist ein reiner Rechtsorganbegriff. Der „statische“ Organbegriff wäre eigentlich auch als Rechtsorganbegriff, also als dynamischer Organbegriff aufzufassen. Da aber nach *Kelsen* die zwangsweise Durchführung des Rechtssatzes nicht mehr zur Rechtserzeugung gehört, kann auch als das Ergebnis der Organfunktion des statischen Organs im Sinne *Kelsens* keineswegs das Recht selbst und so das „statische“ Organ keineswegs als Rechtsorgan betrachtet werden. Der statische Organbegriff ist offensichtlich ein zurückgebliebenes *caput mortuum* des personalen Organbegriffs. Wenn die Rechtsordnung vor der statischen Organfunktion bereits „fertig“ ist, dann steht die Funktion des statischen und des dynamischen Organs keineswegs auf derselben Linie, dann ist der statische Organbegriff in einem wesentlich anderen Sinne ein *funktioneller*, als der dynamische. Die *Zurechnung* zum Staate ist das Kriterium des statischen im Gegensatz zu dem als „der durch die Norm höherer Stufe bestimmter Setzer der Norm niederer Stufe“ definierten dynamischen Organe. Wenn „Zurechnung eines Tatbestandes zum Staate nichts anderes ist als die Beziehung dieses Tatbestandes auf die Einheit der staatlichen Ordnung“ (Allg. Staatslehre. S. 268.), dann passt ja doch der statische Organbegriff wohl auch auf das dynamische Organ, deren Funktion ja gerade als *Tatbestand* (a. a. O. S. 266.) in Frage kommt. Dass der Organbegriff „der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik“ (a. a. O. S. 266.) sei, das passt wohl auf den dynamischen, keineswegs aber auf den statischen Organbegriff, welcher letztere ja ausserhalb der Rechtsdynamik steht. Eine *immanente* Kritik muss also im dynamischen Organbegriff *Kelsens* einen *Rechtsorganbegriff*, im statischen hingegen einen *personalen Organbegriff* erblicken, wenn auch für eine *transzendente* Kritik beide als *Rechtsorganbegriffe* in Betracht kommen. Es ist ein hohes Verdienst *Kelsens*, erkannt zu haben, dass der Rechtsorganbegriff im System der Rechtsdynamik dem Begriffe der Person entspricht. Diese Erkenntnis führt zur

im Endpunkte der Hingeltungsbeziehung stehende Mensch wird nun durch den Personbegriff juristisch erfasst. Es fragt sich, auf welche Weise sich das juristische Denken der anderen Subjektsbeziehung, der Rechtsorganbeziehung bemächtigt? Gibt es ausser der Person vielleicht noch einen anderen juristischen Subjektsbegriff? Oder kann vielleicht die Organfunktion als

Frage der Verbindbarkeit, der *Praedikabilität* der objektiven und der subjektsbezogenen Rechtssphäre, die uns im Texte beschäftigen wird.

¹³ Nach *Sander* sieht die reine Rechtswissenschaft nur Rechtssätze und deren Funktionen: Herrschaft, Person, Organ, subjektives Recht usw. werden für sie zu Rechtssätzen und deren Funktionen. Die reine Rechtswissenschaft *verwirft alle Anthropomorphismen*. (Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. I. Heft 1—2. 1919. S. 142—143.) Der Zusammenhang der Rechtsfunktionen ist das *Rechtsverfahren*, das seinen Inhalt in einem Stufenbaue von Rechtssätzen und Tatbeständen erzeugt. (Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. Ztschr. für. ö. R. Bd. I. Heft 5—6. 1920. S. 477.) Wie fügt sich das Organ in diesen Funktionszusammenhang hinein? Nach *Sander* bedeutet es eine metarechtliche Sprengung der Kontinuität des Rechts, wenn zwischen die Rechtsstufen „Organe“, „Menschen“ eingeschoben werden, die das Recht „weiterbilden“, da ja umgekehrt diese „Organe“ in den Tatbestandsrelationen der Rechtsverfahren sich konstituieren. Die Verschiedenheit der *Organe* bedeutet für *Sander* lediglich die Verschiedenheit der Rechtsverfahren. (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Ztschr. f. ö. R. Bd. II. Heft 5—6. 1921. S. 561—562.) *Sander* will das *Organ* selbst in Rechtssatzfunktionen auflösen. (Vgl. Alte und neue Staatsrechtslehre. Ztschr. f. ö. R. Bd. II. Heft 1—2. 1921. S. 187.)

Es ist ein Verdienst *Sanders*, den *interpersonalen* und den *rechtsidentischen* Staatsbegriff, die — wie gezeigt — im Staatsbegriffe der *Hauptprobleme* miteinander vermengt erscheinen, klar geschieden zu haben. Der rechtserzeugende, der über dem Recht stehende *Staat* wird für *Sander* zu *transzendental-rechtlicher Kategorie*: zur rechtskategorialen Grundrelation der Erhaltung des Rechtsverfahrens; der *unter* dem Rechte — besonders unter dem Völkerrechte — stehende Staat aber zu einem *konkreten, empirischen Rechtstatbestande*. (Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. 1922. S. 1033.) Der eigentümlichen Konstruktion *Sanders* entkleidet diese Erkenntnis, dass der *rechtsidentische, totale Staat* zu einer anderen Sphäre gehört, als die *interpersonale, koordinierte Staatsperson*. Der erstere ist eine soziologische Kategorie, die zweite eine positivrechtliche Konstruktion.

Den Organbegriff setzt *Sander* ohne Zögern mit dem *kategorialen* Staatsbegriff in Beziehung. Der kategoriale Staat bedeutet die Grundrela-

Personfunktion und umgekehrt aufgefasst werden? Es steht vor allem fest, dass der Erzeuger des *primären* Rechts unter keine rechtliche Qualifikation fallen kann, also wohl in soziologischem, aber nie im juristischen, rechtstechnischen Sinne „Rechtsorgan“ genannt werden darf. Die Rechtsqualität des primären Rechts festzustellen, ist keine juristische, sondern eine rechtssoziolo-

tion der Erhaltung des Rechtsverfahrens, das Organ aber eine noetische Koordinate sämtlicher Rechtsverfahren. Aber — und das ist das Eigentümliche — auch das Organ selbst ist ein Verfahrensprodukt! Für die Theorie der Rechtserfahrung bedeutet „Organbildung“ nichts anderes, als ein besonderes Rechtsverfahren, in welchem eine „Organ“ genannte besondere Rechtssatzregel, als die Regel weiterer Verfahren, erzeugt wird. (Staat und Recht. S. 1062.) Diese „wechselseitige Immanenz“ des Organs und des Verfahrens, überhaupt des Rechtssatzes und des Tatbestandes, der Noesis und des Noema, ist der Hauptfehler der Staatsorgantheorie *Sanders*. Worin besteht diese „wechselseitige Immanenz“? „Alle Tatsachen“ — sagt *Sander* — „sind *rechterhebliche* Tatsachen nicht in bezug auf *beliebige* Urteilsstandpunkte, auf konstante logische Koordinaten, sondern lediglich in bezug auf *bestimmte* Urteilsstandpunkte (der „berufenen Organe“), auf *variable* rechtliche Koordinaten, in bezug auf *Rechtsverfahren*. Die „Tatbestände“ sind *ausschliesslich* das intentionale *Korrelat von bestimmten* Akten, den *Rechtsakten*, welche nur in Rechtsverfahren (von „Organen“, nicht von jedem beliebigen „Menschen“) vollzogen werden können: nur in *Rechtsverfahren* tritt originär gebende Anschauung *rechterheblicher* Tatsachen auf.“ (Der Begriff der Rechtserfahrung. Logos. XI. 1923. S. 299.) Diese *Organbezogenheit* der Tatbestände wird von *Sander* mit dem grössten Nachdruck betont. In der Region der Urteile des Rechts tritt nach *Sander* eine besondere „Bedeutungsvariable“, die „Organvariable“ auf, welche die rechtlichen Bedeutungskomplexe von allen anderen Bedeutungskomplexen unterscheidet, ihnen aber auch *volle rechtliche* Bestimmtheit verleiht. (Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. 1923. S. 136.) In den Urteilen des Rechts entspricht nach *Sander* einem jeden Momente der „Noesis“ ein Moment des „Noema.“ Die *Form* der Auffassung der rechterheblichen Tatsachen, die „Noesis“, steht unter souveränen noetischen Axiomen, die Axiome der noetischen Logik des *Rechtes* sind. (Zuständigkeit“, „Organberufung“, „freies Ermessen“, „Rechtskraft“). Diese axiomatischen Momente des Rechts sind kein über dem positiven Rechte stehendes Recht, überhaupt kein Recht, sondern *ausgehobene abstrakte Momente* des Rechts, diejenigen Momente, welche in allen aktuellen Rechts- (Verfahrens-) Funktionen „beharren“, das *immanente* Wesen des positiven Rechts. (Zur Methodik der Rechtswissenschaft. Kantstudien XXVIII. 1923. S. 292. 299.) Aus diesen noetischen Axiomen hebt später *Sander* die „Zuständigkeit“ als *das* Wesensmoment der Organakte und Rechtsakte über-

gische Aufgabe. Die Rechtsqualität des primären Rechtes ist eine Voraussetzung der positiven Rechtswissenschaft. Die Rechtsqualität des primären Rechtes kann nur auf metajuristischer Grundlage, mittels ausserrechtlicher, besonders soziologischer, Relationen, konstatiert werden. Die Ursprungsbeziehung des primären Rechts kommt also für das juristische Denken

haupt hervor, auf welches auch die „Rechtskraft“ — worunter *Sander* den Modalitätscharakter, die „Möglichkeit“, „Wirklichkeit“ oder „Notwendigkeit“ sämtlicher Rechtsurteile versteht — zurückzuführen ist, da ja „Möglichkeit“, „Wirklichkeit“ und „Notwendigkeit“ im Rechte nur eine Möglichkeit, Wirklichkeit oder Notwendigkeit für Organe bedeuten kann. Alle Rechtserlebnisse haben nach *Sander* zwei Intentionalitätsrichtungen, die eine geht auf das Objekt, auf den „Tatbestand“ und die andere auf das Subjekt, auf das „Organ“ hin. „Organ“ und „Tatbestand“ sind aber keine „Dinge an sich“, keine jenseits des vollen Rechtsseins, des rechtlichen Noema stehende Substanzen. Wie die Tatsachendinge im Rechtsbewusstsein durch noematische Momente, so ist das „Organ“ dasselbst durch noetische Momente vertreten („Zuständigkeit“, „Rechtskraft“). Und da jedem noetischen Momente ein noematisches Moment entspricht, finden wir sämtliche „subjektive“ und „objektive“ Momente des Rechts, dieses Subjekt-Objektverhältnisses in dem rechtlichen Noema, in vollen Rechtssätze, in dem rechtserheblichen Tatbestande vertreten. Nach alldem ist *Recht* für *Sander* „jeder Zusammenhang von Realurteilen, welcher dem Axiome der Zuständigkeit untersteht.“ (I. c. S. 308—310.) Die Zuständigkeit ist in den Organakten eine „aktive“, in den auf Organakte bezogenen Nicht-Organ-Rechtsakten eine „passive“. Aktive und passive Zuständigkeit sind innere begriffliche Wesensmomente, welche, wie alle rechtsbegrifflichen Wesensmomente, sich auf *metarechtlich Reales* beziehen. Zuständigkeit ist dasjenige Rechtswesensmoment, das die metarechtliche Tatsache der „Macht“ im Rechtsbewusstsein vertritt und symbolisiert. (Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie. Ztschr. f. ö. R. Bd. IV. Heft 1—2. 1924. S. 176. ff.)

Ist *Sander* seiner Meinung, dass die Rechtsordnung zu ihrer Konkretisierung keiner Organe bedarf, im Gegenteil sich selbst konkretisiert in Rechtsverfahren, innerhalb welcher das „Staatsorgan“ nur bestimmte Rechtssatzfunktionen bedeutet; dass innerhalb dieser Rechtssatzfunktionen die dinghaften Verknotungen der „Organe“ nirgends zu finden sind; dass der Begriff des Organs in der Lehre von der Rechtssubjektivität gehört, welche gewisse Rechtssatzfunktionen durch Beziehung auf individuelle- und postulierte Gemeinschaftszwecke subjektiviert (Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. 1922. S. 641. 676.), ist *Sander* dieser Meinung treu geblieben? Mit dieser radikalen Ausrottung des Organ-

nicht in Betracht. Die Subjektsbeziehung des Ursprungs des sekundären Rechts steht dagegen bereits unter voller positivrechtlicher Determination, denn die Rechtsqualität des sekundären Rechtssatzes und die Organqualität des Erzeugers der sekundären Rechtsnorm kann aus dem Inhalte des primären Rechts, also juristisch festgestellt werden, ist eine reine positivrechtliche Relation.

begriffs ist die von *Sander* so emphatisch hervorgehobene *Organbezogenheit* sämtlicher Rechtsurteile unvereinbar.

Wir wissen nicht, ob *Sander* — wie *Marck* meint — mit der höchsten Überspannung des Logismus den Logismus überwinden will. (Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925. S. 49.) Der Hauptfehler *Sanders*, wie *Kelsens* ist aber *nicht* die Überspannung der *logischen*, sondern die Überspannung der *juristischen* Betrachtung. Nicht die *Logik*, sondern die *Rechtswissenschaft* ist es, deren Tragfähigkeit die „*reine Rechtslehre*“ ebenso überschätzt, wie die „*Theorie der Rechtserfahrung*“. Man sollte doch bedenken, dass für beide Lehren sämtliche Fäden, die das Recht mit der *Kultur* verbinden, einfach abgeschnitten, die Beziehungen des Rechts auf die *Kulturwirklichkeit* und die Welt der Werte zu „ethisch-politischen Postulaten“ gebrandmarkt und jeder Objektivität entzogen sind. Es ist aber eine unerhörte Überspannung der positivrechtlichen Methode, wenn man alle Kultur- und Wertbeziehungen des positiven Rechts in „*Rechtsfunktionen*“ abbilden will. Wenn *Sander* keinen „Mensch“, keine „Person“, kein „Organ“, kein „richtiges Recht“ anerkennt, sondern nur was aus alledem im Rechtsverfahren dargestellt wird: so führt er nicht den *Rechtslogismus*, sondern den *Rechtslogismus*, nicht die *Logik*, aber die *Rechtswissenschaft* ad absurdum! Die Normlogik *Kelsens* ist ebenso eine Überspannung der positivrechtlichen Methode — die reine Rechtslehre *Kelsens* verschlingt auch die „Person“, den „Willen“, die „Pflicht“ usw. — wie die Verfahrenstheorie *Sanders*. Es sollte aber der Umstand, dass aus der Perspektive der Rechtslogik, für das juristische Denken die ganze „*metarechtliche Welt*“ zu bloßem Tatbestande wird, den die Proportionalität seiner Gedanken noch nicht ganz verlorenen Juristen doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das *Recht* selbst und mit ihm auch die *Rechtslogik* ja umgekehrt gerade in dieser „metarechtlichen Welt“ ihre Determinanten haben! Die soziologischen, Kultur- und Wertrelationen des Rechtes in positivrechtliche Relationen restlos aufzulösen ist unmöglich. Die Rechtsrelationen sind in den Zusammenhang mannigfacher soziologischer, Kultur- und Wertrelationen eingefügt, können also diese sie umfassenden Zusammenhänge nicht umfassen.

Wenn *Sander* das Staatsorgan und das Rechtsurteil in „wechselseitiger Immanenz“ begreifen will, so übertritt er die Grenzen der juristischen

Die Rechtsorganfunktion fällt eindeutig mit der Erzeugung (Setzung und Vollziehung) des *sekundären* Rechts zusammen. Das sekundäre, auf der Grundlage der primären Rechtsnorm erzeugte Recht kann auf keine andere Weise, als durch Rechtsorgane erzeugt werden. Das Wesen der Rechtsorganfunktion ist also der Ursprung des sekundären Rechts: Rechtsorgan ist also dasjenige Subjekt, welches vom primären Rechte zur Erzeugung des sekundären Rechts delegiert wird. Es ist nun überaus merkwürdig, dass für die juristische Betrachtung gerade die *Subjektivität* dieses Rechtsorgan-

Betrachtung. Denn im Sinne der Auffassung Sanders wird das *Urteil des Rechts* durch die *Organbezogenheit* (das noetische Axiom der Zuständigkeit), das *Organ* aber durch das *es konstituierende Rechtsurteil* begrifflich bestimmt. Wie kann aber die Rechtssatzqualität desjenigen Rechtssatzes festgestellt werden, der die Organqualität dem Organe verleiht? Auf der Stufenfolge der Rechtssätze muss man notwendig zu einem Rechtssatze gelangen, über welchem es keinen höheren Rechtssatz mehr gibt, dessen *Organbezogenheit* also juristisch nicht mehr konstatiert werden kann. Es ist also nicht wahr, das jedes Rechtsurteil auf positivrechtliche Organkoordinaten bezogen ist, denn der Erzeuger des primären Rechts kann nicht positivrechtlich qualifiziertes Rechtsorgan sein. Das Sandersche Kriterium der Organqualität — die notwendige *Organbezogenheit* aller Rechtsurteile — kann nicht aufrecht erhalten werden. Die juristische Betrachtung kann die Rechtsorganfunktion erst *auf Grund* des primären Rechts ergreifen, die *Organbezogenheit* des primären Rechtssatzes übersteigt die Grenzen der juristischen Betrachtung, bedeutet eine Organbeziehung zum primären Rechtserzeuger. Die *Organbezogenheit* des primären Rechts ist eine *soziologische* Relation, die keine *positivrechtliche Determination* hat. Sander will ja den Begriff des positiven Rechts gerade durch diese Organbezogenheit bestimmen. Das Ergebnis der „wechselseitigen Immanenz“ ist also, dass weder die Definition des Rechts, noch die des Staatsorgans gelingt. Sander scheitert mit seiner Organtheorie auf demselben Punkte, wo er die juristische Betrachtung durch die „immanente“ Bestimmung des Rechtsbegriffs überspannt.

¹⁴ Dr. Adolf Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. 1923. Vgl. Moór: A jogerő problémája és a jogrendszer lépcsőzetes tagozódásának teóriája. (Ungarisch) Magyar Jogi Szemle V. Jahrg. No. II. 1924. Siehe auch: Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. 1923. S. 81—82. und dazu: Moór: A nemzetközi alkotmány, a nemzetközi jog és az állami szuverenitás problémája. (Ungarisch) Magyar Jogi Szemle V. Jahrg. No. IV—V. 1924.

Subjekts wegfällt und lediglich als Tatbestand der Rechtserzeugung in Betracht kommt. Die Subjektivität des Rechtsorgans kann seitens der juristischen Betrachtung nur als *Rechtspersönlichkeit* erfasst werden, aber diese Rechtspersönlichkeit des Rechtsorgans ist keineswegs der adaequate Ausdruck seiner Rechtsorganssubjektivität.

Die möglichen Funktionen der Person im Rechtssinne beschränken sich auf die Ausübung von Rechten, Erfüllung von Pflichten und das Begehen von Rechtsverletzungen. Es ist nun möglich und sogar notwendig, dass das Rechtsorgan, indem es das sekundäre Recht erzeugt, dadurch auch sein subjektives Recht ausübt oder seine Pflicht erfüllt. Aber abgesehen davon, dass die Rechtsverletzung der Rechtsorganfunktion *nie prädi-kabel* ist, erschöpft die Rechtsausübung und Pflichterfüllung den Sinn der Organfunktion keineswegs.

Subjektives Recht und Kompetenz bedeuten beide „die Möglichkeit der Erzeugung von Rechtswirkungen durch erlaubte Handlungen.“¹⁵ Aber die *Rechtswirkungen*, deren Erzeugungsmöglichkeit das *subjektive Recht* bedeutet, sind auf den ruhenden Beziehungspunkt der *Person* bezogene, auf das Rechtssubjekt reflektierte Rechtswirkungen; die *Rechtswirkungen* hingegen, deren Erzeugungsmöglichkeit die *Kompetenz* bedeutet, sind auf das objektive Recht selbst bezogene, innerhalb des objektiven Rechtes sich abspielende Rechtsveränderungen. Der Unterschied des rein objektiven und des inter-personalen Rechtsbegriffs ist es, die in der Verschiedenheit der Bedeutung des subjektiven Rechts und der Kompetenz erscheint.

Derselbe Unterschied offenbart sich in der Bedeutungs-differenz der Begriffe „Vollmacht“ und „Delegation“. Die Vollmacht setzt mindestens zwei Personen im Rechtssinne voraus, den Vertreter und den Vertretenen, erzeugt immer ein Rechtsverhältnis unter Personen. Dagegen ist die Delegation eine Ermächtigung des Rechtsorgans seitens des primären Rechtserzeugers zur Erzeugung sekundären Rechts. Da der primäre

¹⁵ So bestimmt Moór den Begriff des subjektiven Rechts. Bevezetés a jogfilozófiába. (Ungarisch) 1923. S. 208. Vgl. meine Rezension in der Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. IV., Heft 5—6. 1925. S. 644—649.

Rechtserzeuger nicht Person im Rechtssinne sein kann, die Rechtsorgansubjektivität aber nicht als Rechtspersönlichkeit zu erfassen ist, kommt die Delegation für die juristische Betrachtung keineswegs als ein interpersonaler, sondern als ein rein objektiver Rechtsbegriff in Betracht. Sowohl der Vertreter, als auch der Vertretene fallen für die juristische Betrachtung im Falle der Delegation einfach weg. Die Delegation schafft also nicht zwischen Personen, sondern zwischen Teilen des objektiven Rechts ein Verhältnis.

Für die soziologisch feststellbaren *Handlungen* der Ausübung von Rechten, Erfüllung und Verletzung von Rechtspflichten gibt es eine adaequate juristische Darstellung in den Funktionen der Person im Rechtssinne: der juristische, dem objektiven Rechte entgegenstehende, das Normsubjekt vertretende Beziehungspunkt der Rechte ausübenden, pflichterfüllenden und verletzenden menschlichen Handlungen, der juristische Subjekts-Abhub des Rechte ausübenden, Pflichten erfüllenden und verletzenden Menschen ist die Person im Rechtssinne. Solchen adaequaten Ausdruck der Handlungen der Rechtserzeugung, solchen den Normsetzer vertretenden subjektiven Beziehungspunkt der rechtserzeugenden menschlichen Handlungen, solchen juristischen Subjekts-Abhub des rechtserzeugenden Menschen würde man in der juristischen Begriffswelt vergeblich suchen.

Wohl gibt es aber einen juristischen Objekts-Abhub der rechtserzeugenden Handlungen in dem juristisch feststellbaren *Tatbestände* der Rechtsorganfunktion. Die offenbare Unmöglichkeit einen adaequaten juristischen Subjektsbegriff des Rechtsorgans zu finden, führt abermals zu der Frage, ob nicht auch die Sonderstellung der personalen Sphäre gegenüber der objektiven Rechtssphäre nur ein Schein ist? Ist die Person im Rechtssinne nicht auch in demselben Sinne, wie der juristische Rechtsorganbegriff, nur ein objektiver Tatbestands-Abhub der bezüglichen Handlungen? Wenn die Ermittlung des Inhalts der Rechtssätze die einzige Aufgabe der juristischen Betrachtung ist, müssen dann Rechtsorgan und Person nicht in demselben Sinne als *Norminhalt* aufgefasst werden? Wenn Rechtssubjek-

tivität und Tatbestand der Rechtsorganfunktion in gleicher Weise Norminhalte und nur das sind, wie lässt sich dann noch die Unterscheidung der rein objektiven und der personalen Rechtsbetrachtung aufrecht erhalten? Ist es nicht so, dass *nur* die Tatbestandsbetrachtung als *Rechtsinhaltsbetrachtung* eine juristische, und zwar eine rein objektive, ist, die personale und die auf die bloße *Rechtsform* des objektiven Rechts gerichtete Betrachtung aber als *metajuristische* Denkweisen zu bezeichnen sind?

Es kann nun zugegeben werden, dass das Ziel der Rechtswissenschaft die systematische Erkenntnis des Rechtsinhaltes ist. Wenn man aber bei dieser Selbstverständlichkeit nicht stehen bleibt, sondern die Frage stellt, auf welchem Wege die Rechtswissenschaft zu diesem Erkenntnisziel gelangen kann und welchen Sinn die Rechtsinhaltsfeststellung der Rechtswissenschaft hat, so gelangt man zu der Einsicht, dass einerseits die Feststellung der *Rechtsqualität* eine Voraussetzung der Feststellung des *Rechtsinhalts* ist und abgesehen von der die Voraussetzung der juristischen Betrachtung bildenden *Rechtsqualität* des *primären* Rechts, die Aufgabe der *juristischen* Erkenntnis bildet und dass andererseits nicht bloss die Feststellung des Rechtsinhalts für sich, sondern auch die Anwendung des Rechtssatzes auf wirkliche oder hypothetische „Fälle“, also die Feststellung des Rechtsinhaltes *in bezug* auf gewisse „Fälle“ eine besondere Aufgabe der juristischen Betrachtung und ein spezifisches methodisches Mittel der *systematischen* Erkenntnis des Rechtssatzinhaltes für sich ist.

Es ist auch richtig, dass die Rechtsorganfunktion, wie übrigens auch die personale Organfunktion für die juristische Erkenntnis vorerst nur als Tatbestand, als *Rechtsinhalt* in *Betracht* kommt. Aber wie verschieden ist gerade der juristische *Sinn* dieser Tatbestände, dieser Rechtsinhalte! Der Tatbestand der *Rechtsorganfunktion*, als Inhalt des *delegierenden* Rechtssatzes beschäftigt die juristische Betrachtung ausschliesslich zwecks Feststellung der *Rechtsqualität* des delegierten Rechtssatzes. Das Ergebnis der Rechtsorganfunktion, die Rechtsrelevanz des im *primären* Rechtssatze enthaltenen Rechtserzeugungstatbestandes ist

einzig und allein der objektive sekundäre Rechtssatz und dieser Rechtserzeugungstatbestand als *Rechtsinhalt* hat für die juristische Betrachtung ausschliesslich in bezug auf die Rechtsqualität des delegierten Rechtssatzes Bedeutung. Der Sinn des Tatbestandes der Rechtsorganfunktion, wie auch seine *Rechtsfolge* ist also ausschliesslich der *Ursprung sekundären Rechts*, also eine rein objektive, innerhalb der Teile des Rechts bestehende Relation. Der Tatbestand der personalen Organfunktion dagegen kommt keineswegs als der Ursprung objektiver, sondern subjektiver Rechtsverhältnisse in Betracht. Ergebnis und Rechtsrelevanz des Tatbestandes der personalen Organfunktion sind immer das Erwerben oder Ausüben von Rechten, Erfüllung oder Verletzung von Rechtspflichten oder genauer: subjektive Rechte und Pflichten. Subjektive Rechte und Pflichten sind aber nicht mehr *Tatbestände*, sondern tatbestands- und insbesondere personbezogene *Rechtsrelationen*. Die Erkenntnis dieser Relationen ist aber nicht weniger eine *juristische* Erkenntnis, als die Erkenntnis der *Rechtssatzqualität* sekundären Rechts. Rechte und Pflichten zu haben und objektives Rechts zu erzeugen, in der Subjektsbeziehung des *Ursprungs* und in der des *Hingeltens* zu stehen ist gewiss etwas Verschiedenes. Beide Situationen werden für die juristische Betrachtung vorerst zu Tatbeständen, Inhalten von Rechtssätzen. Der juristische Sinn des Tatbestandes aber ist im ersten Falle das personale Entgegenstehen des Rechts- und Pflichtsubjekts, im zweiten die Ursprungsrelation sekundären Rechts. Rechte und Pflichten sind aber ihrem Sinne nach ebensowenig blosse Tatbestände, als die *Rechtssatzqualität* sekundären Rechts. Vielmehr sind Rechte und Pflichten subjektsbezogene *Rechtsrelationen*, der Ursprung sekundären Rechts eine rein objektive *Rechtsrelation*. Die juristische Ausdeutung des Tatbestandes, des *Rechtsinhaltes* „Rechtsorganfunktion“ führt zum Ursprung sekundären *objektiven* Rechtes, zur Feststellung von *Rechtsqualität*, die des Tatbestandes, „personale Organfunktion“ zum Ursprung *subjektiver* Rechte und Pflichten, zur Feststellung von *personalen* Rechtsverhältnissen. Der juristische Sinn der Rechtsorganfunktion ist die *sekundäre Rechtsqualität*, der der personalen Organfunktion ist die dem

Rechte entgegenstehende *Rechtssubjektivität*. Die im Dienste der systematischen Erkenntnis des Rechtsinhalts stehende Feststellung dieser Rechtsrelationen aus dem Aufgabenkreis der juristischen Betrachtung auszuschliessen, bedeutete eine unbegründete Verengung der Perspektive der juristischen Erkenntnis.

Rechtsorganfunktion und personale Organfunktion stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander da. Es lässt sich nämlich eine *notwendige* Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und der *Personfunktion* und dementsprechend eine *mögliche* Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und der personalen *Organfunktion* feststellen. Das bedeutet keine *Vermengung*, sondern eine wechselseitige *Zuordnung* von rein objektiven und personalen Rechtsbegriffen. Das Rechtsorgan ist nicht *als Rechtsorgan* Person, sondern einem jeden Rechtsorganbegriffe der rein objektiven Rechtsbetrachtung entspricht ein Personbegriff der subjektsbezogenen Rechtsbetrachtung. Die Person ist nicht *als Person* Rechtsorgan, sondern einem jeden Personbegriffe der subjektsbezogenen Rechtsbetrachtung entspricht ein Rechtsorganbegriff der rein objektiven Rechtsbetrachtung: dasselbe, was rein objektiv betrachtet ein Rechtsorgan ist, ist subjektsbezogen betrachtet eine Person und umgekehrt.

Da nun die Rechtsorganfunktion eindeutig mit der sekundären Rechtserzeugung zusammenfällt, die Personfunktion aber in die Funktionen der Rechtsausübung, Pflichterfüllung und Pflichtverletzung sich verzweigt, ist noch zu untersuchen, welche Personfunktionen der eindeutigen Rechtsorganfunktion und welchen Personfunktionen die Rechtsorganfunktion prädikabel ist. Die positivrechtliche Delegation bedeutet, subjektsbezogen betrachtet, immer auch ein *subjektives Recht* in dem Sinne, dass *gerade diese und nur diese menschlichen Handlungen* zur Erzeugung des delegierten Rechtssatzes unerlässlich, als sekundäres Recht alle anderen Personen verbindend sind. Der Rechtsorganfunktion ist also die Personfunktion der Rechtsausübung *notwendig* prädikabel.

Der Personfunktion der *Rechtsverletzung* ist nun offensichtlich keine Rechtsorganfunktion prädikabel. Die Rechtsverletzung kann niemals *legitime, sekundäre* Rechtserzeugung ergeben. Die *Pflichterfüllung* hat nur dann eine prädikable

Rechtsorganfunktion, wenn sie die Erfüllung einer *Rechtspflicht auf sekundäre Rechtserzeugung* ist. Der *Ausübung von Rechten* nun ist eine Rechtsorganfunktion notwendig prädikabel, da eine jede Rechtsausübung entweder eine *Konkretisierung* oder eine *zwangsweise Durchführung* des das subjektive Recht verleihenden Rechtssatzes zur Folge hat. Wer sein Recht ausübt, gerät *auch* in eine Ursprungsbeziehung zu dem auf Grund des das subjektive Recht verleihenden Rechtssatzes zu erzeugenden, also positivrechtlich delegierten *konkreten* Rechtssatzes und zu dessen *Zwangsverwirklichung*. Der Rechtssatz, dass das Darlehen zurückzuerstatten ist, verleiht A, dem Hingebenden, ein subjektives Recht gegenüber B, dem Empfänger. Dieser *abstrakte* Rechtssatz aber ist nicht identisch mit der *konkreten* Verbindlichkeit B-s, das Darlehen faktisch zurückzuerstatten. Die Erzeugung oder Nichterzeugung dieser *konkreten* Rechtsnorm hängt allein von der Ausübung oder Nichtausübung des subjektiven Rechts von A ab. Wenn A sein Recht nicht geltend macht, so ist der abstrakte Rechtssatz mit seiner Sanktion auf B einfach unanwendbar. Die Delegation zur Konkretisierung des abstrakten Rechtssatzes ist das Prädikat des subjektiven Rechts in der rein objektiven Rechtsbetrachtung.

Während also *jeder* Rechtsorganfunktion eine Personfunktion prädikabel ist, hat aus den Personfunktionen nur die Ausübung von Rechten *notwendig*, die Pflichterfüllung nur *ausnahmsweise*, die Pflichtverletzung aber *nie* eine prädikable Rechtsorganfunktion.

Dementsprechend hängt die Entscheidung der Frage, ob einer Rechtsorganfunktion eine personale *Organfunktion* prädikabel ist, einzig davon ab, ob die dem Rechtsorgan prädikable Person eine konstruierte oder eine nichtkonstruierte ist. Im ersten Falle ist die Prädikabilität notwendig, im zweiten ausgeschlossen. Umgekehrt ist eine Rechtsorganfunktion jeder in einer Ausübung von Rechten bestehenden personalen Organfunktion notwendig prädikabel, während der eine Pflichterfüllung bedeutenden personalen Organfunktion nur ausnahmsweise, der eine Pflichtverletzung bedeutenden aber nie eine Rechtsorganfunktion entspricht.

Die Staatsorgantheorie setzt nicht nur die Begriffe des Rechts, des Rechtsorgans, der Person im Rechtssinne und des rechtspersonalen Organs, sondern als eine *spezielle* Organtheorie auch den Begriff des *Staates* voraus. Der Begriff des Staates hat aber so viele Bedeutungen, dass die Richtigkeit einer jeden den Staatsbegriff voraussetzenden Theorie in hohem Maasse davon abhängt, *welcher* Staatsbegriff es ist, auf den sie gestützt wird?

Hier soll von der Auffassung ausgegangen werden, dass „der Staat durch die Einheit irgendeiner Rechtsordnung konstituiert wird“, dass „der Rechtsbegriff das logische Prius, der Staatsbegriff das Posterius ist“, dass „*die Gültigkeit und das tatsächliche Befolgtwerden eines bestimmten Normsystems* dazu notwendig ist, dass von einem Staate gesprochen werden könne“, dass „der Staat eine entwickelte Gestalt der menschlichen Gesellschaft ist“: „*diejenige Gruppe der durch die Einheit einer entwickelteren Rechtsordnung in eine Einheit gefassten zusammenwirkenden menschlichen Handlungen, die aus der Zusammenvirkung von Rechtserzeugern und Rechtsanwendern hervorgeht.*“¹⁶

Der so bestimmte Staatsbegriff ist ein *rechtsphilosophischer*, des Näheren ein *rechtssoziologischer*, denn er begreift den Staat als ein durch das faktisch befolgte Recht konstituiertes soziales Gebilde, als eine *Folge* des Rechts, ja sogar gerade als eine *Wirkung* des tatsächlichen Befolgtwerdens, als Ursache. Welche Entwickeltheit und Einheit einer Rechtsordnung dazu notwendig ist, dass die dadurch in eine Einheit gefasste Gesellschaft *schon* oder *noch* als Staat betrachtet werden könne, das ist eine Frage der Anwendbarkeit soziologischer, politischer, philosophischer oder historischer Staatskategorien, welche letzteren also der rechtsphilosophische Staatsbegriff umspannt und in diesem Sinne gerade auf sie, als seine Bestandteile, gestützt ist. Die Grundforderung, die auf Grund dieses *totalen Staatsbegriffes* gegenüber allen anderen Staatskategorien erhoben werden kann, besteht darin, dass *die Konstitution des Staates*

¹⁶ Julius Moór: Bevezetés a jogfilozófiába (Ungarisch) 1923. S. 218—220.

durch die Einheit der Rechtsordnung von aller Staatswissenschaft anerkannt werden muss. Da die in der Einheit des positiven Rechts begründete Konstitution des Staates die gemeinsame Voraussetzung aller Staatswissenschaften ist, kann der totale Staatsbegriff als die *universale staatsphilosophische Staatskategorie* betrachtet werden.

Die Völkerrechtswissenschaft kennt wohl diesen universalen, staatsphilosophischen, totalen Staatsbegriff, es kann also keine Rede davon sein, dass der positivrechtliche Staatsbegriff gegenüber anderen Staatsbegriffen vielleicht „eng“ sein könnte. Im Völkerrecht gelangen sämtliche soziologische, politische, philosophische und historische Staatskategorien zur Rechtsrelevanz.

Die spezifische *Staatsrechtswissenschaft*¹⁷ jedoch, die um die staatsrechtliche Persönlichkeit, Pflichten und Rechte des Staates weiss, begreift den totalen Staatsbegriff keineswegs. Es kann bewiesen werden, dass der *totale* Staatsbegriff und der Begriff der *staatsrechtlichen* Staatsperson kontradiktorische Begriffe sind, dass die *staatsrechtliche* Staatsperson eine positivrechtliche Staatskategorie von ganz anderer Bedeutung ist, als die Kategorie des totalen Staates.

Der totale Staat begreift nämlich offenbar auch die rechts-^{Recht}erzeugende Macht in sich. Die Rechtsmacht, als eine reale soziologische Kraft, ist der durch die Einheit des positiven Rechts konstituierten Gesellschaft: dem Staate *immanent*. Der Rechtserzeuger gibt das Recht dem totalen Staate *nicht von aussen*, sondern zwingt es als eine in dieser totalen Staatsgesellschaft *von innen wirkende* reale Macht jenem *Ganzen* auf, dessen *Teil* auch er selbst ist. Man denkt im Sinne des totalen Staatsbegriffs nicht auf jenen *partialen, fragmentären Staat*, der von der Staatsgesellschaft übrig bliebe wenn man von ihr die Rechtsmacht, als logisches Prius von Staat und Recht, abstrahierte. Wenn aber auf solche Weise die logische Priorität in reale Transzendenz umgedeutet wird, so muss sowohl das

¹⁷ Unter *Staatsrecht* soll hier nicht ein bestimmter Teil des öffentlichen gegenüber dem privaten usw. Recht, sondern diejenige Rechtsordnung, deren Einheit den Staat konstituiert, in ihrer Gänze, also das *staatliche* gegenüber dem *überstaatlichen* Rechte verstanden werden.

Recht, als auch der Rechtserzeuger als gegenüber dem Staate transzendent, weil ein logisches Prius, aufgefasst werden und kann unter Staat nur derjenige Teil der durch die Einheit des Rechts konstituierten Gesellschaft verstanden werden, welcher nach der Abstraktion der Rechtserzeuger noch übrig bleibt. Bei solcher Deutung ist der Staat lediglich die Gesellschaft der Gehorchenden und der das Recht Anwendenden und die Gruppe der Rechtserzeuger wesentlich ausserstaatlich. Bei solcher Deutung gehen in die Bedeutung des Staatsbegriffs lediglich die rechtsanwendenden, aber keineswegs die rechtserzeugenden Funktionen ein: der Staat ist so nur die Gruppe der rechtsanwendenden und gehorchenden, aber nicht der rechtserzeugenden menschlichen Handlungen. Dieser *fragmentäre* Staatsbegriff umspannt die soziologischen, politischen, philosophischen und historischen Staatskategorien selbstverständlich nicht mehr, da die letzteren weit davon entfernt sind, das lebendige, natürliche Ganze des Staates mit künstlicher Begriffskonstruktion in die zwei Gesellschaften der Rechtserzeuger und der Rechtsanwender zu zergliedern und dann gerade die gesellschaft der Rechtsanwender gegenüber derjenigen der Rechtserzeuger als Staat zu begreifen, da ja gerade die letztere in ihrer Aktivität am meisten dasjenige vertritt, was diese Disziplinen das eigentümliche soziologische, politische und historische *Leben* des Staates nennen.

Gute Dienste kann aber dieser *fragmentäre* Staatsbegriff der Erkenntnis der spezifischen *staatsrechtlichen* Staatsperson leisten. Wenn man nämlich den *totalen* Staatsbegriff mit dem Begriffe der *staatsrechtlichen* Staatsperson vergleicht, wird der zwischen beiden bestehende logische Widerspruch sofort offenbar, wenn bedacht wird, dass das Recht wesentlich eine *heteronome Norm* ist. Sowohl das *Setzen*, als auch das *zungsweise Durchführen* der Rechte und Pflichten ist gegenüber der Person im Rechtssinne eine wesentlich heteronome Funktion. Die *Ursprungsbeziehung* und die *Hingeltungsbeziehung* des Rechts haben wesentlich *entgegengesetzte Richtungen*: das ist der Sinn der Heteronomie des Rechts.

Gegenüber dem totalen Staate aber, der auch den Rechtserzeuger wesentlich in sich begreift, welchem der Rechtserzeug-

ger wesentlich immanent ist, *kann die Rechtsnorm nicht heteronom sein*. Wenn das Recht auf den totalen Staat adressiert wäre, so wären seine Forderungen nicht gegen ein von dem Rechts-erzeuger verschiedenes, sondern gegen ein auch den Rechts-erzeuger in sich begreifendes Subjekt gerichtet. Es hörte auf eine *heteronome* Norm zu sein und wäre zu einer *autonomen* Norm geworden. Da es aber in diesem Falle aufhörte Recht zu sein, gelangt man zu dem Ergebnisse, dass eine *staatsrechtliche* Rechtspflicht und ein *staatsrechtliches* subjektives Recht des totalen Staates ex definitione ausgeschlossen sind, dass also *der totale Staat auf der Ebene staatlichen Rechtes*, auf Grund des staatlichen Rechtes wohl in einem ethischen oder konventionellen, *aber nie im exakten rechtstechnischen Sinne Pflichten oder Rechte haben kann*. Und da nun Subjekt von Rechtspflichten und subjektiven Rechten sein zu können das alleinige Kriterium der Person im Rechtssinne ist — dies aber seitens des totalen Staates auf der Ebene staatlichen Rechtes ex definitione ausgeschlossen ist —, so kann festgestellt werden, dass *die staatsrechtliche Persönlichkeit des totalen Staates ein ex definitione ausgeschlossener, also widerspruchsvoller Begriff ist*.

Der totale Staatsbegriff ist also keine staatsrechtliche, sondern eine staatsphilosophische (soziologische, politische, historische) und eine völkerrechtliche Staatskategorie. Da das den totalen von dem fragmentären Staate scharf unterscheidende Hauptkriterium die *Immanenz des primären Rechts-erzeugers* ist, bedeutet der totale Staatsbegriff von der Ebene des Staatsrechts aus betrachtet eigentlich nichts anderes, als ein Symbol des in die Konstruktion der staatsrechtlichen Staatsperson uneinfügbaren primären staatsrechtlichen Rechts-erzeugers.

Dieser totale Staatsbegriff tritt uns in dem *Kelsenschen* Begriffe des mit der totalen Rechtsordnung identischen Staates in normativer Umdeutung entgegen. Der *Kelsensche* Staatsbegriff ist aber noch weiter, als der totale Staatsbegriff. Denn das *überstaatliche* Recht und der *rechtsidentische* Staat schliessen einander offensichtlich aus, da Staat nur die *totale* Rechtsordnung genannt wird. Der totale Staatsbegriff schliesst dagegen das überstaatliche Recht keineswegs aus, da ja nicht

eine jede Rechtsgemeinschaft, sondern nur eine über einen gewissen Grad der rechtlichen Organisation hinaus fortgeschrittene Gesellschaft unter den totalen Staatsbegriff fällt. Der wesentliche Unterschied zwischen dem *Kelsenschen rechtsidentischen* und dem hier angenommenen *totalen* Staatsbegriffe besteht aber darin, dass während — wie dargelegt — die staatsrechtliche Persönlichkeit des totalen Staates ausgeschlossen ist, *Kelsen* dem rechtsidentischen Staate Rechtspersönlichkeit zuschreibt. Will man feststellen, ob *Kelsen* in diesem Punkte, wenigstens von seinem eigenen Standpunkte aus, Recht hat, so muss man bedenken, dass für eine jede nicht-naturrechtliche, also positive Rechtsbetrachtung über jeden Zweifel erhaben feststeht, dass *Rechtspersönlichkeit einzig und allein von dem positiven Rechte verliehen werden kann*. Was bedeutet nun dieser Grundsatz des Positivismus, wenn im Sinne der Auffassung *Kelsens* unter Person das objektive Recht, unter Personqualität die Rechtsqualität verstanden werden muss? Dass die Rechtsqualität dem Rechte (= die Personqualität der Person) einzig und allein vom positiven Rechte verliehen werden kann. Es kann also auch in diesem Sinne von mit dem Rechte identischen Personen insoweit konsequent gesprochen werden, bis nur ein höherer positiver Rechtssatz aufzeigbar ist, welcher dem fraglichen Rechte Rechtsqualität (= der Person Personqualität) verleiht. Dieser höhere positive Rechtssatz ist aber gerade bei der totalen Rechtsordnung begrifflich ausgeschlossen. Woher leitet denn *Kelsen* die Rechtsqualität der totalen Rechtsordnung ab? Aus der *Grundnorm*, als der *Verfassung im rechtslogischen Sinne*. Diese Norm aber — wie *Kelsen* ausdrücklich und richtig betont — ist selbst nicht *gesetzt*, sondern lediglich von der Rechtserkenntnis *vorausgesetzt*: sie ist eine blosse rechtstheoretische Hypothese. Die Rechtsqualität der totalen Rechtsordnung wird also auch nach *Kelsen* keineswegs von positivem Rechte verliehen, sondern von einer in ihrer Normnatur von dem positiven Rechte grundverschiedenen logischen Hypothese. Während also die Teilrechtsordnungen (Personen) ihre Rechtsqualität (Persönlichkeit) *von dem positiven Rechte* (der totalen Rechtsordnung) erhalten; erhält die totale Rechtsordnung (die rechtsidentische Staatsperson) ihre Rechts-

qualität (Persönlichkeit) *nicht von dem positiven Rechte*, sondern von einem in seiner Struktur von dem positiven Rechte grundverschiedenen logischen Grundsatz. Dass der Ursprung der Rechtspersönlichkeit in einer rechtstheoretischen Hypothese und nicht in dem positiven Rechte liege, das ist ein Postulat, das mit dem universalen Rechtspositivismus in schroffem Gegensatze steht. Der Positivismus kann zwar nicht umhin, den Ursprung des *primären Rechtes* ausserhalb des Rechts zu setzen; aber er kann gewiss davon absehen, die *Rechtspersönlichkeit* von ausserrechtlichem Ursprunge abzuleiten. Da aber die Persönlichkeit der Teilordnungen eine aus dem *positiven Rechte* abgeleitete, die Persönlichkeit des rechtsidentischen Staates dagegen eine aus einem *logischen Prinzipie* abgeleitete Persönlichkeit ist, so ist hieraus offensichtlich, dass der rechtsidentische Staat nicht in demselben Sinne, wie die übrigen Personen, eine Person sein kann, dass die positivrechtliche Persönlichkeit *des rechtsidentischen* Staates ebenso begrifflich ausgeschlossen ist, wie diejenige des *totalen* Staates.

Die Unmöglichkeit einer *autonomen Heteronomie*, die logische Ausgeschlossenheit des gegenüber dem totalen Staate heteronomen Staatsrechtes ist es, das die staatsrechtliche Persönlichkeit sowohl des *totalen*, als auch des *rechtsidentischen* Staates im letzten Grunde ausschliesst. Warum kann der *totale* Staat keine staatsrechtliche Persönlichkeit haben? Weil der im totalen Staate immanente Rechtserzeuger den ihn selbst symbolisierenden totalen Staat nicht auf heteronome Weise verpflichten und berechtigen kann. Warum kann der *rechtsidentische* Staat keine Rechtspersönlichkeit haben? Weil es keinen positiven Rechtssatz gibt, der der totalen Rechtsordnung Rechtsqualität (= Persönlichkeit) verleihen könnte. In der totalen Rechtsordnung ist die rechtslogische Grundnorm ebenso *immanent*, wie im totalen Staate der Rechtserzeuger. Die rechtslogische Grundnorm ist eine normlogische Abstraktion und ein Symbol des Rechtserzeugers. Die rechtslogische Grundnorm und der Rechtserzeuger sind gleich unfähig, *über* der totalen Rechtsordnung stehende, dem totalen Staate gegenüber *heteronome* positive staatsrechtliche Normen zu setzen. Diese unbedingte *Unfähigkeit* der Grundnorm oder des Rechtserzeu-

gers zur Erzeugung des *über* dem totalen Rechte stehenden, dem totalen Staate gegenüber *heteronomen* objektiven positiven Staatsrechts schliesst die staatsrechtliche Persönlichkeit des rechtsidentischen oder totalen Staates von vornherein aus.

Die soziologische Realität des *fragmentären* Staates ist es also, die in die Konstruktion der staatsrechtlichen Staatsperson in gleicher Weise *hineingeht*, aber auch von der Ganzheit ihrer soziologischen Bedeutung ebensoviel *verliert*, wie alle anderen zu Rechtsperson konstruierten soziologischen Realitäten. Die staatsrechtliche Staatsperson steht den anderen staatsrechtlichen Personen koordiniert gegenüber und bedeutet für die Rechtstheorie, ebenso wie jene, einen (konstruierten) Zurechnungspunkt und eine zugeordnete Handlungsfähigkeit. Diese fragmentäre Struktur des soziologischen Substrats der staatsrechtlichen Staatsperson wird besonders offensichtlich, wenn die Rechtsmacht durch auch äusserlich erkennbare Weltanschauungs-, Rassen-, Religions- oder gesellschaftliche Gegensätze von dem sog. Staatsapparate getrennt ihm *gegenüber* seine *Pflichten* erzwingt (das ist die Geste der *Revolution*) oder wenn umgekehrt eine den Schutz des schwach gewordenen bestehenden Staatsapparates sich zum Ziel setzende junge und frische soziale Macht siegreich durchbricht und ihre jugendliche Kraft der Erzwingung der subjektiven *Rechte* des Staates widmet (das ist die Geste der *Gegenrevolution* [Fascismus]).

Sobald nun anerkannt wird, dass auch ein überstaatliches Recht möglich ist, gelangt man zu einem von dem staatsrechtlichen verschiedenen, spezifisch völkerrechtlichen (überstaatsrechtlichen) Staatsbegriffe. Auf dieselbe Weise, wie die soziologische Realität des *fragmentären* Staates in die staatsrechtliche, geht die soziologische Realität des *totalen* Staates in die Konstruktion der völkerrechtlichen Staatsperson ein. Das überstaatliche Recht ist nämlich auch gegenüber dem *totalen* Staate heteronom, der Erzeuger des überstaatlichen Rechtes steht begrifflich ausserhalb des totalen Staates, das überstaatliche Recht kann also auch dem totalen Staate gegenüber Rechtspflichten und subjektive Rechte statuieren. Das überstaatliche Recht konstruiert den totalen Staat zu einer Person im Rechtssinne.

Während die staatsrechtlichen Pflichten oder Rechte des Staates niemals Pflichten oder Rechte des *Erzeugers* des Staatsrechtes bedeuten, betreffen die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten die einzelnen Staaten gerade als „Mächte“. Von der Ebene des Staatsrechtes aus betrachtet kann das primäre Staatsrecht niemals Personfunktion, also Pflicht oder subjektives Recht sein; aus der Perspektive der überstaatlichen Rechtsbetrachtung bedeutet hingegen die Erzeugung des Staatsrechtes *auch* eine Personfunktion des völkerrechtlichen Staates. Die völkerrechtliche Staatsperson kann verpflichtet oder berechtigt sein zu der Rechtserzeugung, die auf der Ebene des Staatsrechtes allein als eine mit keiner Personfunktion vergleichbare Rechtsentstehung aufgefasst werden kann. Für die staatsrechtliche Betrachtung ist es unvorstellbar, dass das primäre Staatsrecht als Pflichterfüllung, Rechtsausübung oder Rechtsverletzung einer Personfunktion prädikabel sei; für die völkerrechtliche Betrachtung hingegen ist infolge der notwendigen Prädikabilität von Rechtsorganfunktion und Personfunktion, der Staatsrechtserzeugung immer eine Personfunktion des völkerrechtlichen Staates prädikabel, bedeutet die Staatsrechts-erzeugung auch die Ausübung eines subjektiven Rechtes, eventuell die Erfüllung einer Rechtspflicht der völkerrechtlichen Staatsperson. Das Verhalten des primären Staatsrechtserzeugers kann sogar, völkerrechtlich betrachtet, geradezu eine der Staatsperson zurechenbare Rechtsverletzung bedeuten, was für die Staatsrechtsbetrachtung von vornherein ausgeschlossen ist und infolgedessen selbstverständlich die Prädikabilität von Rechtsorganfunktion und Personfunktion aufhört, da in solchem Falle nur von der Rechtsverletzung, als Personfunktion, aber nicht mehr von einer Völkerrechtsorganfunktion gesprochen werden kann. Das ist ganz selbstverständlich, wenn bedacht wird, dass der primäre Staatsrechtserzeuger für die Staatsrechtsbetrachtung weder Person, noch Rechtsorgan ist, für die Völkerrechtsbetrachtung aber im Begriffe der völkerrechtlichen Staatsperson als *Person* und ausserdem noch auch als *Rechtsorgan* in Betracht kommt.

Das Auseinanderfallen des totalen und fragmentären Personbegriffs kann nicht nur an der Staatsperson, sondern an

allen Personen im Rechtssinne beobachtet werden. Es bedeutet nichts anderes, als dass die Bedeutung des der Person prädikablen Rechtsorgans von der Persönlichkeit der Person nicht vollständig aufgesogen wird. Die aus der der Person prädikablen Rechtsorganfunktion sich ergebende Rechtsnorm kann die dem Rechtsorgan prädikable Person nicht total ergreifen. Die von dem der Person prädikablen Rechtsorgan erzeugte Rechtsnorm kann die Person immer nur kraft der heteronomen Gültigkeit des *über* der Person stehenden Rechtes auf totale Art verpflichten oder berechtigen. Sobald das *über* der Person stehende Recht entzogen wird, hört die Person auf dieselbe totale Person zu sein, weil das dieser totalen Person prädikable Recht nicht mehr der totalen, sondern nur der fragmentären Person gegenüber heteronom sein kann. Wie das der totalen Person prädikable Rechtsorgan mit der Ausschaltung des über der Person stehenden Rechtes aufhört Rechtsorgan im positivrechtlichen, juristischen Sinne zu sein — da es keine positivrechtliche Delegation mehr haben kann — und so zu primärem Rechtserzeuger wird, so verliert damit gleichzeitig auch die totale (weil auch den primären Rechtserzeuger in sich begreifende) Person ihre positivrechtliche Persönlichkeit. Dass die Entziehung des über der Person stehenden Rechtes die Rechtsorganfunktion und die Personfunktion der totalen Person notwendig zerreißt und die erste in den *Ursprung des primären Rechtes*, die zweite in *eine neue* — dem neuen primären Rechte entsprechende, der alten gegenüber *fragmentäre* — *Personfunktion* verwandelt, bezeugt die wesentliche Verschiedenheit der Bedeutungsrichtungen von Person und Rechtsorgan.

Diese radikale Trennung des totalen und fragmentären Staatsbegriffs findet aber nur dann statt, wenn man die Person erst von der Ebene des über ihr stehenden Rechtes aus, als *totale* Person betrachtet, dann aber das überpersönliche Recht in Gedanken ausschaltet und so notwendig zu der Umsetzung der Rechtsorganfunktion in *primäre Rechtserzeugung* und der Personfunktion in eine *fragmentäre* Person, gelangt. Die totale und die fragmentäre Staatsperson sind auch nur dann zu unterscheiden, wenn man erstens die Staatsperson als eine von dem überstaatlichen Rechte konstruierte *totale* Persönlichkeit be-

trachtet, dann aber das überstaatliche Recht in Gedanken ausschaltet und so die Völkerrechtsorganfunktion der totalen Staatsperson in das primäre Staatsrecht, ihre völkerrechtliche Persönlichkeit aber in die staatsrechtliche Staatsperson umsetzt. Wenn es *primäres Staatsrecht* gibt, so gibt es nur eine *fragmentäre Staatsperson*; wenn es aber ein *überstaatliches Recht* gibt, so ist der positivrechtliche Staatsbegriff eindeutig identisch mit dem Begriffe der völkerrechtlichen *totalen* Staatsperson. Es ist keineswegs so, als ob es in demselben Rechtssystem nebeneinander totale *und* fragmentäre Personbegriffe gäbe: totale *oder* fragmentäre Persönlichkeit ist in bezug auf jedes Rechtssystem und in bezug auf jede Person nur als eine *Alternative* denkbar. Entweder gibt es ein über der totalen Person stehendes Recht und dann gibt es die totale Person. Oder es gibt kein über der totalen Person stehendes Recht und dann gibt es auch keine totale, sondern nur eine fragmentäre Person. Eine jede Person ist nur kraft des über ihr stehenden Rechtes Person im Rechtssinne: die Legitimation der Person ist in dem überpersönlichen Rechte. Die *Einheit* des Rechtssystems verbürgt die *Identität* der Person.

Die abstraktive Isolation des der Person prädikablen Rechts spielt im Falle der Staatsperson eine besondere Rolle. Die Erkenntnis, dass das überstaatliche Recht in seiner begrifflichen Struktur und Positivität nicht weniger, als das Staatsrecht, ein Recht ist, verbreitet sich nur langsam. Bis diese Wahrheit nicht ohne Vorbehalt anerkannt wird, bis dahin ist die Spekulation immer geneigt zur abstraktiven Isolation des Staatsrechtes gegenüber dem Völkerrechte und steht vor der Alternative der totalen und fragmentären Staatsperson. Die Identität der Staatsperson setzt aber eine eindeutige Stellungnahme zur Frage des „Primats“ des Staatsrechtes oder des Völkerrechtes voraus. Wenn das Staatsrecht das primäre Recht ist, dann ist für die positive Rechtswissenschaft nur die fragmentäre Staatsperson gegeben. Wenn es aber ein primäres Völkerrecht, also ein überstaatliches Recht gibt, dann konstituiert dieses überstaatliche Recht den totalen Staat zu einer Person im Rechtssinne. Die totale völkerrechtliche Staatsperson ist es, das das Staatsrecht nur fragmentär ergreifen kann, aber

wenn Völkerrecht und Staatsrecht ein einheitliches System bilden, so kann die fragmentäre Staatsperson nur die Spiegelung der totalen völkerrechtlichen Staatsperson auf der Ebene des aus dem Ganzen, des Rechtssystems künstlich herausgerissenen Staatsrechtes bedeuten. Die übrigen totalen Personen spiegeln sich ja auch nur fragmentär, wenn sie auf der aus dem Ganzen des Rechtssystems herausgegriffenen Ebene des der Person prädikablen Rechtes aufgefangen werden. Wenn es ein überstaatliches positives Völkerrecht gibt, dann ist die Staatsperson ebenso eine totale Person, wie die übrigen Personen unter der Geltung des überpersönlichen Rechtes und erscheint ebenso, wie diese, auf der Ebene des mit ihr prädikablen Rechtes nur als eine fragmentäre Person, wenn man diese Ebene für sich — von dem überstaatlichen Rechte abstrahierend — betrachtet. Die Zweiheit der totalen und fragmentären Staatsperson ist eine Zweiheit der totalen und der isolierenden staatsrechtlichen Rechtsbetrachtung. Die Einheit der Rechtsordnung ermöglicht die Identität der völkerrechtlichen totalen und der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Will man nun das Staatsorgan, als *Rechtsorgan*¹⁸ von den anderen positivrechtlichen Rechtsorganen unterscheiden, so bedarf man zu diesem Zwecke bloss des soziologischen Staatsbegriffes. Ist das soziologische Kriterium des Staates eine *Rechtsordnung*, deren *Einheit* den Staat konstituiert, so ist *das Staatsorgan dasjenige Rechtsorgan, das von der den Staat konstituierenden Rechtsordnung, also vom Staatsrechte delegiert wird oder das zur Erzeugung der den Staat konstituie-*

¹⁸ Ein *Rechtsorgan* zu sein bedeutet — wie bemerkt — eine Organ-schaft in bezug auf die *Organfunktion*; wogegen die *personale* Organquali-tät eine Organschaft in bezug auf den *Organismus* bedeutet. Die Funktion, in bezug auf welche das Rechtsorgan ein Organ ist, ist die *Entstehung objektiven Rechtes*. Da die Entstehung objektiven Rechtes allenfalls ein in Raum und Zeit sich abspielendes Ereignis ist, ist die Rechtsorganfunktion vor allem unzweifelhaft eine *soziologische Funktion*. Unter *soziologischer* Rechtsorganfunktion kann der Ursprung *primären* Rechtes, unter *positiv-rechtlicher* Rechtsorganfunktion der Ursprung *sekundären* Rechtes verstanden werden. Das positivrechtliche Rechtsorgan ist also kein starrer Gegensatz zum soziologischen. Es ist selbst ein soziologisches, aber ein positivrechtlich determiniertes soziologisches Rechtsorgan.

renden Rechtsordnung, also des Staatsrechtes, von dem positiven (überstaatlichen) Rechte delegiert wird.

Der Begriff des Staatsorgans, als eines *personalen* Organs, muss dagegen auf den positivrechtlichen *Staatsperson*begriff gestützt werden. Da unter Personorgan dasjenige einheitliche Rechtssubjekt zu verstehen ist, dessen Handlungsfähigkeit zu einem positivrechtlich konstruierten Zurechnungspunkte positivrechtlich zugeordnet ist, ist *das personale Staatsorgan dasjenige einheitliche Rechtssubjekt, dessen Handlungsfähigkeit zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der positivrechtlichen Staatsperson positivrechtlich zugeordnet ist.*

Auf der Ebene des Staatsrechtes — oder *primäres* Staatsrecht vorausgesetzt: überhaupt — muss also *dasjenige Personorgan als Staatsorgan betrachtet werden, dessen Handlungsfähigkeit zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson staatsrechtlich zugeordnet ist.*

Betrachtet man die einheitliche Rechtsordnung von der Ebene des Völkerrechtes aus, so muss man *unter Staatsorgan dasjenige Personorgan verstehen, das zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der völkerrechtlichen totalen Staatsperson positivrechtlich zugeordnet ist.*

Überlickt man die so sich ergebenden vier Bestimmungen, so erscheint der *Begriff des zur Staatsrechtserzeugung delegierten Rechtsorgans* mit Rücksicht auf den Fall, dass es kein überstaatliches Recht gibt, *zu weit*. Der *Begriff des vom Staatsrechte delegierten Rechtsorgans* ist ebenfalls *zu weit*, weil er im Falle primären Staatsrechtes den Unterschied von Staatsorgan und Rechtsorgan aufhebt, den Unterschied zwischen Staatsorgan und Untertan verwischt. Der *Begriff des Personorgans des totalen Staates* ist nur im Falle überstaatlichen Rechtes anwendbar. Der *Begriff des Personorgans des fragmentären Staates* ergibt endlich einen vollkommen prägnanten Staatsorganbegriff mitsamt dem ihm prädicablen Rechtsorganbegriffe: dieser einheitliche Staatsorganbegriff entspricht den Ansprüchen der Theorie und Praxis vollkommen, nur erscheint er gegenüber dem Begriffe des völkerrechtlichen Staatsorgans, als Personorgans und des Staatsorgans, als Rechts-

organs, überhaupt, als zu eng. Die „Scharfkantigkeit“ des Staatsorganbegriffes muss unleugbar um den Preis einer gewissen *Verengung*, seine *grössere logische Kapazität* dagegen um den Preis einer gewissen *Verschwommenheit* erkaufte werden. Die Theorie kann *einheitliche* Staatsorganbegriffe aufstellen, indem sie mit Rücksicht auf die Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und Personfunktion die personalen und die Rechtsorganbegriffe des Staatsorgans aufeinander bezieht. So ergeben sich dann einheitliche Staatsorganbegriffe im weiteren und engeren Sinne. Ein qualitativer Unterschied zwischen den verschwommeneren weiteren und den schärferen engeren Staatsorganbegriffen kann von theoretischem Gesichtspunkte aus nicht gemacht werden. Die Auszeichnung eines dieser Begriffe mit dem Epitheton des Staatsorgans im *eigentlichsten* Sinne kann dann erst aus gewissen rein praktischen Wertgesichtspunkten erfolgen. Die Begriffe des Staatsorgans im weiteren und engeren Sinne sind nicht kontradiktorische Begriffe. Ihre Relation kann durch zwei Kreise dargestellt werden, von denen der kleinere in den grösseren eingezeichnet ist: Das Staatsorgan im engeren Sinne ist nur ein besonders qualifiziertes Staatsorgan im weiteren Sinne.

Staatsorganfunktion ist diejenige Rechtsorganfunktion im juristischen Sinne, der die Personfunktion der Staatsperson prädikabel ist und die Funktion des Personorgans der Staatsperson.

Staatsorganfunktion im engeren Sinne ist diejenige Rechtsorganfunktion, die der Personfunktion der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson prädikabel ist und die Funktion des Personorgans der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Staatsorganfunktion im eigentlichsten Sinne ist die der Personfunktion der fragmentären staatsrechtlichen Staatsperson prädikable Rechtsorganfunktion.

Der *einheitliche* Staatsorganbegriff ist also der Begriff des der Staatsperson prädikablen Rechtsorgans und des Personorgans der Staatsperson.

Staatsorgan im *engeren* Sinne ist das der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson prädikable Rechtsorgan und das Personorgan der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Staatsorgan im *eigentlichsten* Sinne ist das der fragmentären staatsrechtlichen Staatsperson prädikable Rechtsorgan.

Wenn man beispielshalber die Organfunktion einer konstituierenden Nationalversammlung, eines Staatssekretärs, eines Universitätsprofessors und eines staatlichen ornithologischen Institutes mit den gegebenen Begriffsbestimmungen vergleicht, so springt es in die Augen, dass die Organfunktion der konstituierenden Nationalversammlung unter den *weiteren*, die des Universitätsprofessors und des ornithologischen Institutes unter den *engeren* und die des Staatssekretärs unter den Begriff der Staatsorganfunktion im *eigentlichsten Sinne* fällt. Der Professor und das Institut sind — wenigstens dem Wesen ihrer Wirksamkeit nach — keine Rechtsorgane, sondern nur Personorgane; denn ihre Funktion ist eine *Pflichterfüllung*, welcher keine prädikable Rechtsorganfunktion entspricht. Der Staatssekretär hingegen ist im Wesentlichen zur *Rechtserzeugung* (Setzung und Vollziehung), und zwar staatsrechtlich delegiert, er ist also Staatsorgan im eigentlichsten Sinne. Aufgabe einer ausgeführten, besonderen Lehre von den Staatsorganen wäre die Anwendung der gewonnenen Begriffsbestimmungen auf die praktischen Gestaltungen der Organfunktion. Die Theorie selbst kulminiert aber in der Definition; mit der richtigen Definition hat die Staatsorganfunktion aufgehört ein theoretisches Problem zu sein.

Wirft man einen Blick auf die *Grenzen der Staatsorganfunktion*, so begegnet man vorerst dem Probleme der unrichtigen Organfunktion, des sog. *fehlerhaften Staatsaktes*¹⁹. Bedenkt man aber, dass rechtlich relevant immer nur die *Gültigkeit* oder *Ungültigkeit* eines Staatsaktes ist, während die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes seine Gültigkeit schon voraussetzt, also *Fehlerfreiheit* und *Fehlerhaftigkeit* nur logisch relevante Unterschiede an den *gültigen* Akten sind, so wird offensichtlich, dass

¹⁹ Siehe: W. Jelinek: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908., Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910., Kelsen: Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift 1913. und Allgemeine Staatslehre 1925. 277. ff., Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, 1923. 280. ff., v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. 1924.

der fehlerhafte Staatsakt im Kunstsinne noch innerhalb der Grenzen der Staatsorganfunktion liegt.

Wenn man unter fehlerhaftem Staatsakte im Kunstsinne den von der Fehlerklausel (*Merkel*) gedeckten und betreffs der übrigen Aktvoraussetzungen mangelhaften Akt versteht, dann wird es klar, dass die Fehlerlosigkeit oder Fehlerhaftigkeit eines Aktes eigentlich bloss logisch bedeutsame Eigenschaften sind, während die Rechtsrelevanz des fehlerfreien und fehlerhaften Aktes dieselbe ist. Man kann in den Relationen der Pflichten und Rechte gar keine Veränderung darnach feststellen, dass der Akt fehlerfrei oder fehlerhaft ist. Was geschieht, ist eine Modifikation nicht der *Rechtsfolgen*, sondern der *Rechtsvoraussetzungen*. Zweck dieser Modifikation ist gerade, dass die Rechtsfolgen die gleichen bleiben können. In der Struktur der Rechtslage besteht der logische Unterschied, dass der fehlerfreie Akt *auf anderem Rechtsgrunde* — auf Grund der positivrechtlich geregelten sämtlichen Voraussetzungen des Aktes — *dieselbe* Rechtsfolge hat, wie der fehlerhafte Akt (wo der Rechtsgrund der Rechtsfolge allein die Fehlerklausel ist). Der fehlerhafte Akt kann als ein auf der Fehlerklausel ruhender fehlerfreier Akt bezeichnet werden. Der Sinn des fehlerfreien und fehlerhaften Aktes wird am schärfsten getrennt, wenn man sie als auf Grund der *allgemeinen Aktvoraussetzungen* und auf Grund *der Fehlerklausel fehlerfreie* Akte einander gegenüberstellt. Die Fehlerlosigkeit auf Grund der Fehlerklausel ist nämlich offenbar *logisch* eine Fehlerhaftigkeit und *juristisch* eine Fehlerlosigkeit (Gültigkeit). Der Unterschied der Akte besteht also darin, dass der fehlerhafte *einzig* auf Grund der Fehlerklausel, der fehlerfreie aber *ausserdem noch* auf Grund der sämtlichen übrigen Aktvoraussetzungen ein gültiger Akt ist. Die Fehlerklausel deckt nämlich auch den fehlerfreien Akt. Die Ausgeschlossenheit des Rechtsmittels z. B. besteht ebenso hinsichtlich des fehlerfreien, wie hinsichtlich des fehlerhaften Urteils, nur ist sie *einzig* Rechtsgrund des fehlerhaften und nur *einer* des fehlerfreien. Die Fehlerklausel ist betreffs des fehlerfreien Aktes ebenso ein *Superfluum*, wie hinsichtlich des fehlerhaften alle übrigen Aktvoraussetzungen. Mit Rücksicht auf den fehlerhaften Akt sind alle Aktvoraussetzungen ausser

der Fehlerklausel *überflüssig*; mit Rücksicht auf den fehlerfreien Akt ist die Fehlerklausel *überflüssig*. Betrachtet man den fehlerhaften Akt in sich, ohne Rücksicht auf den fehlerfreien, so ist seine Fehlerhaftigkeit tatsächlich nur eine scheinbare: die Fehlerklausel *tritt an die Stelle* der übrigen Aktvoraussetzungen und verleiht dem fehlerhaften Akte volle Gültigkeit. Der fehlerhafte Akt ist also, auch logisch betrachtet, lediglich relativ, *in bezug auf den fehlerfreien Akt* fehlerhaft. Umgekehrt ist auch der fehlerfreie Akt für sich genommen einfach nur ein *gültiger Akt* und nur relativ, in bezug auf den fehlerhaften Akt, fehlerlos. Fehlerfreier und fehlerhafter Akt sind also zwei *rechtlich gleicherweise gültige Akte* deren logischer Unterschied korrelativ als Fehlerlosigkeit und Fehlerhaftigkeit erscheint, und welche einander gegenüber durch einen Überfluss der Aktvoraussetzungen ausgezeichnet sind.

In einem weiteren Sinne jedoch ist zweifellos auch die die Grenzen der Delegation übertretende Staatsorganfunktion eine *fehlerhafte*. Sie hat aber auch, als solche, *keine Rechtsgültigkeit*. Ihre Fehlerhaftigkeit wird sozusagen von ihrer Ungültigkeit aufgesogen. Die nichtige Staatsorganfunktion liegt also ausserhalb der Grenzen der Staatsorganfunktion. Während Fehlerhaftigkeit und Fehlerlosigkeit im Kunstsinne den relativen Unterschied zweier gleichermassen gültigen Akte bedeuten, ist der Unterschied des fehlerfreien gültigen und des fehlerhaften ungültigen Aktes der absolute Unterschied eines Aktes und eines Nicht-Aktes. Wenn der relativ fehlerhafte Akt dem relativ fehlerfreien gegenüber durch ein von dem Rechtsgrundüberflusse, von der Fehlerklausel gedecktes *Minus* der Aktvoraussetzungen ausgezeichnet ist, so zeichnet den absolut fehlerhaften Akt gegenüber dem gültigen (also sowohl dem im Kunstsinne fehlerfreien, als auch dem im Kunstsinne fehlerhaften) *Akte ein unersetzbarer Mangel der Aktvoraussetzungen* aus.

Die relativ fehlerhafte Staatsorganfunktion ist notwendig eine *Staatsorganfunktion*, die absolut fehlerhafte ist notwendig *keine Staatsorganfunktion* mehr. Daraus folgt aber noch nicht, dass sie auch kein Recht sei, sondern nur, dass sie kein rechtlich determiniertes, kein sekundäres, kein legitimes Recht ist. Nicht das Recht, sondern nur das *legitim entstandene*, das

rechtlich determinierte, das sekundäre Recht fällt mit dem *rechtlich delegierten Rechte*, der *Rechtsorganfunktion* im juristischen Sinne zusammen. Das Recht in seiner Ganzheit aber ist nicht nur kein notwendig legitim entstandenes Recht, sondern im Gegenteil infolge der Unmöglichkeit des *regressus in infinitum* ein in seiner Totalität notwendig illegitim entstandenes Recht. Der Begriff des rechtlich determinierten, des legitim entstandenen, rechtlich delegierten, sekundären Rechtes setzt den Begriff des illegitim entstandenen, des rechtlich nicht delegierten, primären Rechtes geradezu voraus; der Begriff der Rechtsorganfunktion im juristischen Sinne setzt den Begriff der Rechtsorganfunktion im soziologischen Sinne geradezu voraus.

Wenn man also feststellt, dass die ihre Delegation übertretende Staatsorganfunktion entweder eine rechtlich ganz irrelevante Handlung oder primäre Rechtserzeugung ist, dann tritt man aus der Optik der juristischen Organbetrachtung in die Optik der soziologischen Rechtsorganbetrachtung über. Wenn man seinen Blick auch von der Optik der soziologischen (rechtsphilosophischen) Rechtsorganbetrachtung befreit, dann kann von einer Staatsorganfunktion, von einer Rechtsorganfunktion in keinem präzisen Sinne mehr gesprochen werden. Aber von dem Endpunkte des aus den verschiedenen Optiken hinausführenden Weges zurückblickend kann man die Gesamtheit der Staatsorganfunktionen in einem klaren Bilde zusammengefasst überschauen. An der Grenze der soziologischen (rechtsphilosophischen) Rechtsorganfunktion — der primären Rechtserzeugung — ist man tatsächlich an die Grenze des objektiven Rechtes gelangt. Die positivrechtliche Rechtsorganfunktion ist das sekundäre, die soziologische Rechtsorganfunktion das primäre Recht. Die Rechtsorganfunktion ist also das objektive Recht selbst.

Rechtsorganfunktion und personale Organfunktion sind letzten Endes beide *menschliche Handlungen*. Aber diese menschlichen Handlungen kommen für die Rechtsorganbetrachtung ausschliesslich als der *Ursprung des objektiven Rechtes*, für die personale Organbetrachtung einzig als Ausübung von Rechten, Erfüllung von Pflichten oder Unrecht, also als der

Ursprung personbezogener Rechtswirkungen in Betracht. Unter der Optik einer allgemein ethischen Betrachtung erscheinen sämtliche Organfunktionen notwendig als Handlungen. Aus den menschlichen Handlungen sind *Rechtsorganfunktionen* diejenigen, welche die soziologische (rechtsphilosophische) Rechtsbetrachtung als den *Ursprung des primären Rechtes* oder welche die juristische Rechtsbetrachtung als den *Ursprung des sekundären Rechtes*, *Personfunktionen* aber diejenigen, welche die juristische Betrachtung als den *Ursprung personbezogener Rechtswirkungen* erkennt. Staatsorganfunktionen sind diejenigen Rechtsorganfunktionen, welche die soziologische oder die juristische Betrachtung als den Ursprung des staatlichen Rechtes und welche die juristische Betrachtung als den Ursprung der auf die Staatsperson bezogenen Rechtswirkungen erkennt. Aus dem Kreise dieser Staatsorganfunktionen *im weitesten Sinne* scheiden für die juristische Staatsorganbetrachtung die Rechtsorganfunktionen im juristischen Sinne und sämtliche personale Organfunktionen als Staatsorganfunktionen *im weiteren Sinne*; die Personfunktionen der staatsrechtlichen Staatsperson und die diesen prädikablen Rechtsorganfunktionen als Staatsorganfunktionen *im engeren Sinne* und endlich die der staatsrechtlichen Staatsperson prädikablen Rechtsorganfunktionen als Staatsorganfunktionen *im eigentlichsten Sinne* aus.
